

LES
SOCIÉTÉS CIVILES
EN
DROIT COMPARÉ

THÈSE POUR LE DOCTORAT

Présentée et soutenue le Mercredi 2 Décembre 1931, à 14 heures

PAR

Jules PETRUSCA

Président : M. RENÉ CASSIN, professeur

Suffragants { MM. JOSEPH HÉMARD } *professeurs.*
MAURICE PICARD }

PARIS

LIBRAIRIE DE JURISPRUDENCE ANCIENNE & MODERNE

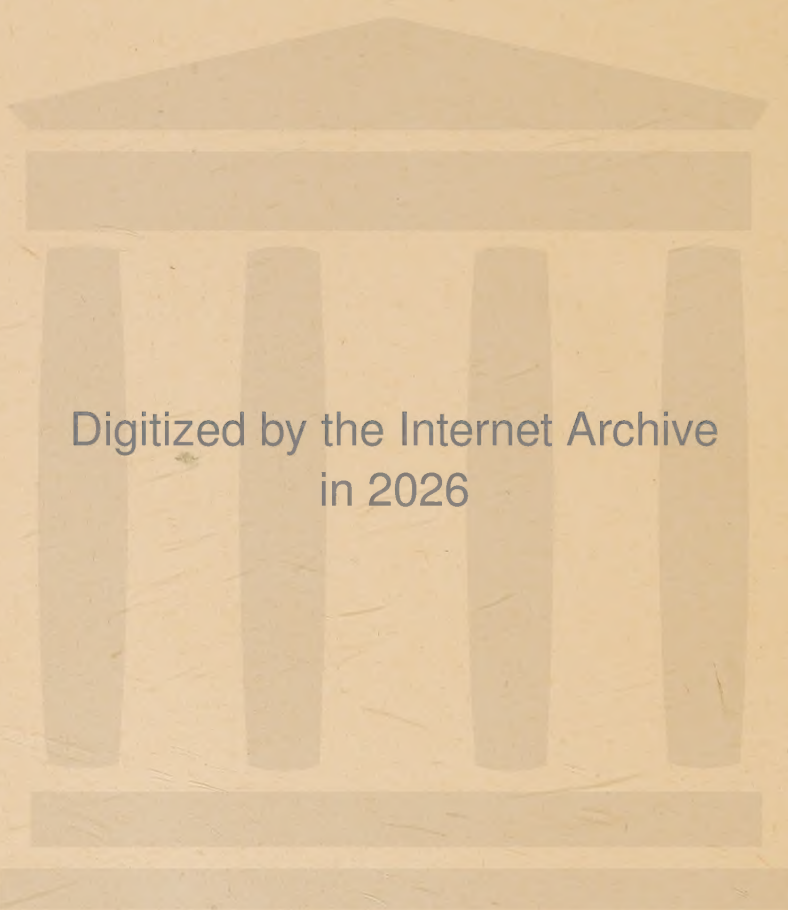
ÉDOUARD DUCHEMIN

L. CHAUNY & L. QUINSAC, Successeurs

18, rue Soufflot (V°)

—
1931

Petrusca.



Digitized by the Internet Archive
in 2026

THÈSE POUR LE DOCTORAT

*La Faculté n'entend donner aucune approbation
ou improbation aux opinions émises dans les thèses.
Ces opinions doivent être considérées comme propres
à leurs auteurs.*

LES
SOCIÉTÉS CIVILES
EN
DROIT COMPARÉ

THÈSE POUR LE DOCTORAT

Présentée et soutenue le Mercredi 2 Décembre 1931, à 14 heures

PAR

Jules PETRUSCA

Président : M. RENÉ CASSIN, professeur

Suffragants { MM. JOSEPH HÉMARD } *professeurs.*
MAURICE PICARD }

PARIS

LIBRAIRIE DE JURISPRUDENCE ANCIENNE & MODERNE

ÉDOUARD DUCHEMIN

L. CHAUNY & L. QUINSAC, Successeurs

18, rue Soufflot (V^e)

—
1931



A MON ÉMINENT MAÎTRE

VICTOR G. CADERE

*respectueux hommages et pro-
fonde reconnaissance.*

INTRODUCTION

APERÇU GÉNÉRAL SUR LA CONCEPTION JURIDIQUE ET LES THÉORIES DE LA PERSONNALITÉ DES GROUPEMENTS DE PERSONNES.

SECTION I. La conception juridique des groupements de personnes. — SECTION II. La théorie classique de la personnalité juridique. — SECTION III. La théorie de la négation de la personnalité juridique et ses différents aspects. — SECTION IV. La théorie de la réalité de la personnalité juridique et ses principaux systèmes. — SECTION V. Conclusion générale.

Section I. — La conception juridique des groupements de personnes.

§ 1. *Les caractères et l'utilité des groupements de personnes.* —
§ 2. *La naissance de la personnalité des groupements de personnes et ses principales conséquences.* — § 3. *La division des groupements de personnes.*

§ 1. — LES CARACTÈRES ET L'UTILITÉ DES GROUPEMENTS DE PERSONNES

1. L'esprit d'association. — 2. Les avantages de cette faculté. — 3. Le but à réaliser, sa diversité.

1. L'homme est un être éminemment social. Cet instinct grégaire est tellement évident qu'il se passe de toute démonstration. *L'esprit d'association* concrétise un des besoins essentiels de l'homme. Il se trouve inscrit à toutes les pages de l'histoire ; il progresse, depuis la

fondation des premières cités, jusqu'aux merveilles de notre civilisation moderne, en conservant une très grande puissance. C'est un *facteur* déterminant de l'organisation et de la progression sociales. C'est grâce à lui que les groupements familiaux et l'Etat, avec ses démembrements, ont pris naissance. De nos jours, il a pris un tel essor, en tous les domaines de la vie moderne, que c'est un fait qui doit retenir l'attention de tous ceux qui s'intéressent aux événements sociaux.

L'évolution de l'*esprit d'association*, au cours des siècles, a été très mouvementée. Cette tendance inhérente à l'homme, de chercher à s'associer avec ses semblables, a connu de nombreuses vicissitudes. La réglementation du droit d'association, à différentes époques de l'histoire, a été dictée par une tendance de régime de restriction excessive. Mais, à mesure que l'on s'approche des temps modernes, cette réglementation est inspirée et même gouvernée par un libéralisme très large. Il suffit, pour constater la vérité de cette assertion, de jeter un regard d'ensemble sur l'organisation et l'évolution de la vie sociale, question qui est hors des cadres de notre étude.

2. Il serait inutile de vouloir prouver tous les avantages de l'*esprit d'association*. Les facteurs les plus puissants et les plus déterminants du développement social ont été les *groupements constitués de personnes* et non pas les individus considérés isolément. L'organisation et l'orientation de la vie sociale, économique et commerciale de chaque pays étant dirigée vers la constitution perfectionnée, la forme la plus adéquate sous laquelle cette tendance, ce but se réalisera, est celle des groupe-

ments constitués de personnes en général. Un groupement corporatif apparaît, à tous points de vue, comme supérieur à l'ensemble des membres qui le composent. La *force agissante* de chaque groupement de personnes est supérieure à la somme des forces individuelles des parties. Le *tout* n'est pas égal à la *totalité* des parties constitutives ; il est plus fort. Ses moyens et ses actions ont un pouvoir de manifestation et de réalisation d'une prééminence incontestable.

Ces constatations sont exactes, non seulement pour les *groupements de personnes*, mais encore pour les *groupements de capitaux*. En effet, les *groupements de capitaux*, en dernière analyse, sont constitués par des personnes. Les capitaux ne sont que des moyens de réalisation d'un but déterminé. Ce sont les *personnes* qui agissent, qui les constituent, qui ont une volonté et un but à réaliser. La personne physique est *sujet de droit* ; les collectivités de personnes peuvent le devenir.

3. Les groupements de personnes constitués ont toujours un *but à atteindre*. C'est pour la réalisation de ce but que les personnes se sont groupées en une collectivité ayant une force de manifestation et d'action pour écarter les obstacles qui les séparent du but à atteindre.

Le but à réaliser est très varié et son caractère dépend de la nature des collectivités. En principe, le but est soit *moral*, soit *matériel*. Le but moral ou idéal, à son tour, peut être divisé, mais, ce qui le caractérise, c'est une *œuvre spirituelle* à réaliser.

Le *but matériel* est caractérisé par la recherche d'un *profit économique pur*.

Néanmoins, le but d'une collectivité peut être à la fois moral et matériel.

Le but principal est fixé lors de la constitution et de l'organisation du groupement corporatif ou de la collectivité. Il forme la *cause efficiente*, il est la raison d'être des groupements de personnes.

§ 2. — LA NAISSANCE DE LA PERSONNALITÉ DES GROUPEMENTS DE PERSONNES ET SES PRINCIPALES CONSÉQUENCES

4. L'organisation des groupements de personnes. — 5. Leur personnification. — 6. Conséquences générales qui en découlent. — 7. Observations.

4. Les individus groupés en vue d'une certaine fin doivent s'*organiser* à cet effet. Cette organisation doit être faite de telle manière que leur groupement apparaisse comme un *tout* qui s'impose à la réalité des faits. Pour cela, il sera nécessaire que tous les adhérents réunis manifestent le même sentiment en donnant à leur groupement une forme propice lui permettant d'agir. Dès lors, ce groupement ne sera plus une simple *juxtaposition de personnes*. Il aura une aptitude d'*extériorisation propre*, distincte de celle de ses adhérents considérés individuellement. La norme de droit, en protégeant l'existence et l'action de ce tout autonome, interviendra pour harmoniser ses intérêts et pour les différencier de ceux de ses adhérents. La *multiplicité* étant remplacée par l'*unité*, la délimitation des deux sortes d'intérêts sera facile à réaliser. Le droit réglera ces groupements non seulement parce qu'ils forment un tout qui se manifeste en agissant vers la réalisation du but proposé par

ses propres moyens, mais encore parce qu'ils sont *réellement utiles*.

5. Pour que le groupement constitue une entité autonome, distincte de la personnalité propre de chaque adhérent, il faut la *collaboration* et la volonté individuelle des parties constitutives tendant à atteindre un but commun. De la collaboration des volontés individuelles en vue d'un intérêt commun naît une *force agissante* capable de réaliser le but commun¹. Cette *force agissante* est appelée, quelquefois, — d'ailleurs improprement — *volonté collective* ou *volonté propre* du groupement. Quand un groupement de personnes réunit ces conditions et que la norme de droit le réglemente à cause de son utilité, nous sommes en présence de ce qu'on appelle : *personne morale*, *personne civile* ou *personne juridique*².

Dans ce sens, l'expression de personne morale désigne un sujet possible de droit, qui n'est pas en même temps un être humain mais qui est constitué par des personnes physiques. En principe, la personne physique seule est sujet de droit, mais elle peut se présenter comme sujet de droit soit sous forme d'une *individualité*, soit sous forme d'une *collectivité* qui s'appelle personne morale. La personne morale distincte de la personnalité de ses adhérents, s'imposant à la vie juridique et à la réalité des faits, sera réglementée par la norme de droit, en devenant *sujet de droit*.

1. A. Le Hénaff, *Le droit et les forces* (étude sociologique), pp. 144 et suiv.

2. Sur l'expression de personne morale, personne civile, personne juridique, voir : Léon Michoud, *La théorie de la personnalité morale*, 2^e édit., pp. 3-4; François Gény, *Science et technique en droit privé positif*, t. IV, pp. 19 et suiv.; Maurice Hauriou, *Principes de droit public*, pp. 252 et suiv.

6. *L'utilité* de la notion de la personnalité morale, par la reconnaissance de son existence, apparaît nettement dans la vie juridique. Toutes les fois que plusieurs personnes se groupent en vue d'atteindre un certain but, en donnant à leur groupement une constitution et une organisation qui lui permettent de *vouloir* et d'*agir*, il leur est nécessaire de constituer pour cela un *patrimoine commun* qui appartiendra à la nouvelle personne morale. Cette personne morale aura une *existence autonome*, et, en principe, sera capable de faire tous les actes de la vie juridique. C'est elle qui va être propriétaire du patrimoine affecté à un but commun ; c'est elle, seule, qui existera et se manifestera dans la vie juridique, par l'intermédiaire de ses représentants comme une véritable personne physique. S'il en était autrement, les biens composant le patrimoine devraient être considérés comme la propriété de tous les adhérents et seraient le gage commun de leurs créanciers ; tous les membres du groupement devraient apparaître dans tous les actes de la vie juridique, ce qui entraînerait des complications infinies. La reconnaissance de la personnalité morale apporte donc des conséquences extrêmement utiles et pratiques. *Il est d'une très grande commodité de considérer que, de la réunion de plusieurs personnes, jaillit une personne spéciale, une personne morale qui gère et administre par ses représentants son patrimoine conformément à sa destination.*

Etant sujet de droit, la personne morale aura des *droits subjectifs*. Les droits subjectifs de la personne morale sont de la même espèce que ceux des personnes physiques. En effet, la personne morale vit par un acte de volonté, elle a des intérêts, un but à réaliser, dont

l'ensemble est digne de la *protection* juridique. Ces caractères se rencontrent également dans les droits exercés par la personne physique. Quant à leur nature, il faut observer que ces droits sont, en général, des droits patrimoniaux et qu'ils sont moins nombreux que ceux de l'individu.

La capacité des personnes morales, en principe, est entière, c'est-à-dire qu'elles ont une *pleine capacité juridique*. Néanmoins, il existe des restrictions imposées par le principe de spécialité et une réglementation très détaillée gouverne cette capacité et son domaine en droit positif. *L'exercice des droits subjectifs de la personne morale est fait par ses représentants* qui seront considérés comme de véritables organes de manifestation de celle-ci. Ajoutons à ces observations que la personne morale étant un sujet de droit aura un domicile propre comme les personnes physiques.

7. En étudiant l'organisation et la structure des personnes morales, ainsi que leur manifestation et leur mode d'action et d'expression, elles nous apparaissent, en dernière analyse, non pas comme un total composé d'individus mais comme un produit à existence autonome. De là, ses caractères très particuliers et originaux et l'utilité de leur protection dans la vie juridique.

Sans doute, en réalité, ces personnes morales sont formées par des personnes physiques, mais *ce total est débordé par ce produit nouveau* qu'on appelle : *personne morale*. Par son caractère propre, par sa structure, elle apparaît dans une certaine mesure comme étant étrangère aux parties dont elle est composée, parties qui forment la base et constituent le fondement juridique de son existence.

§ 3. — LA DIVISION DES GROUPEMENTS DE PERSONNES

8. Les diverses sortes de personnes morales de droit public.

— 9. Les diverses personnes morales de droit privé. — 10.

Observations finales.

8. D'une façon générale, il y a, entre les personnes morales, une première distinction à faire. Les unes correspondent au bon ordre général et à des services publics qu'elles ont la charge de gérer. Ce sont les *personnes morales de droit public*. D'autres correspondent à des entreprises privées d'intérêt plus ou moins général.

La première grande catégorie comprend l'*Etat*, les *départements*, les *communes* et les *colonies*. Ces personnes morales supposent un groupement indépendant d'hommes réunis sur un territoire déterminé ayant des ressources qui composent leur patrimoine affecté à un ensemble de services destinés à satisfaire aux besoins collectifs des habitants.

L'autre groupe est constitué par les établissements publics qui sont doués, eux aussi, de la personnalité juridique. Ces personnes morales sont caractérisées par ce fait que les ressources de leur patrimoine sont affectées à un seul service ou à un groupe de services déterminés. Selon que ces personnes morales intéressent l'ensemble du pays, d'un département, d'une commune ou d'une colonie, on dit que l'établissement est national, départemental, communal ou colonial.

9. La deuxième grande catégorie qui forme l'objet de cette étude correspond aux *personnes morales de droit*

privé. Cette catégorie est divisée en trois grands groupes : les *sociétés*, les *associations* et les *fondations*.

Les associations et les sociétés sont des groupements d'individus réunis en vue de la réalisation de certains buts d'intérêt privé ou collectif : la marche d'une entreprise commerciale ou industrielle, par exemple. Néanmoins, les dispositions de la loi établissent une distinction suivant leur objet et leur but à réaliser et fixent le domaine juridique et pratique de leur fonctionnement en déterminant leur nature et leur structure.

Les fondations, en principe, supposent un ensemble de ressources ayant été affectées à titre perpétuel à un but déterminé, en général, par un ou plusieurs particuliers.

Parmi les personnes morales de droit privé, certaines ont la qualité d'*établissements d'utilité publique*. Cette qualité leur donne, en général, une capacité plus étendue que celle de la plupart des autres personnes morales de droit privé mais les assujettit à un contrôle assez rigoureux.

10. Sans pousser plus avant l'examen de cette division générique, nous constatons qu'en principe toutes les personnes morales répondent à des *exigences* extrêmement *utiles* et *pratiques* et ont, en fin de compte, la même structure juridique. Leur *nature juridique* varie, cependant, d'après leur but qui est réglementé par les dispositions de la loi positive.

Le contenu de leur personnalité est composé de deux sortes de notions. Les unes correspondent aux *exigences pratiques*, les autres correspondent à des *démonstrations* ou, plutôt, à des *croyances théoriques*. Aussi, après avoir brièvement exposé la conception, la nature et les carac-

tères essentiels des personnes morales, nous abordons l'examen général des principales théories sur la personnalité juridique des groupements de personnes ou des collectivités.

Section II. — La théorie classique de la personnalité juridique.

§ 1. *La nature des personnes morales.* — § 2. *Observations critiques.*

§ 1. — LA NATURE DES PERSONNES MORALES.

11. Généralités. — 12. Thèse de la fiction pure. — 13. Théorie de la représentation de la personne.

11. La question de la nature et des caractères de la personnalité morale, en doctrine, a été compliquée à l'extrême et on a tenté de la résoudre en inventant les plus ingénieuses théories. Dès la renaissance de la science du droit romain, cette question a été l'*objet des études des plus grands juristes et philosophes*, et même, de nos jours, elle n'a pas cessé de garder l'*importance de son intérêt doctrinal et pratique*.

En étudiant la question de la conception des personnes morales et leurs caractères, nous avons vu *la grande utilité pratique qui s'attache à la reconnaissance de leur personnalité*. On ne saurait donc s'étonner de la diversité des théories et du nombre des systèmes proposés, et ce sont ces théories que nous allons maintenant brièvement passer en revue.

12. La *théorie classique* est celle de Savigny, le grand représentant de l'école romaniste. Cette théorie a dominé

la science juridique pendant tout le moyen âge et elle est encore consacrée aujourd'hui, par beaucoup de législations, sous le nom de théorie de la *fiction légale*. En Allemagne, elle a eu pour adeptes, outre Savigny, Arndts, Puchta, Windscheid, etc.¹. En France, elle est soutenue par Esmein². D'après cette théorie, les personnes morales sont de *pures fictions*. Elle part, en effet, de cette idée que, seuls, les êtres physiques peuvent, par eux-mêmes, être sujets de droit. Ce postulat posé, il en résulte que les personnes morales sont des *créations artificielles* de la loi, douées des attributs de la personnalité, qu'elles sont, par conséquent, des *fictions légales*, des entités juridiques créées par la *volonté du législateur*. En effet, le législateur, en vue de l'intérêt général, suppose l'existence d'une personne fictive, qu'il traite en partie comme

1. Voir L. Arndts, *Trattato delle Pandette*, traduction italienne faite par F. Serafini, Bologna, 1877-1880; B. Windscheid, *Diritto delle Pandette*, traduction italienne faite par Carlo Fadda et Paolo Emilio Beusa, Torino, 1902.

En Italie, cette théorie est soutenue par F. Serafini dans *Istituzioni di diritto romano*, Firenze, 1888. Au tome I, § 41, en commentant une décision de la Cour de cassation, Serafini dit : « Qualunque ente giuridica, diose la Corte di Cassazione di Torino (10 luglio, Leg. XIV, 1806) in quanto si costituisca capace di acquistare et di possedere, è una creazione della legge civile, la quale opera nei limiti dello Stato, e per lo Stato, determinata da ragioni di pubblico bene; e nella sostanza non è altro che un istituto pubblico, una destinazione personificata di beni indirizzati a fini di pubblica utilità, dotata di organismo proprio e di mezzi di azione, e consequentemente colla capacità di possederli et di acquistarne maggiori, parificata in fine con sintensi generalissima, o come suol ditsi, per finzione legale, alla personalità giuridica dello stesso individuo cittadino; ondechè qualunque ente giuridico non altrimenti nasce che per volontà dello Stato, non in altro territorio che in quello Stato medesimo, e l'asseura sua consiste tutta inintera in una personificazione ideale et legale di mezzi et di fini guidicati utili dallo Stato nei snoi rispetti politici od economici, religiosi o morali. »

2. Esmein, *Éléments de droit constitutionnel*, t. I, pp. 1 et 3. Voir aussi Laurent, *Principes de droit civil*, t. I, pp. 367 et suiv. : « Tout est fictif dans la conception de la personne morale. Ces prétendus êtres ne sont même pas des personnes. En réalité la loi reconnaît quelques droits à certains corps ou établissements publics pour qu'ils puissent remplir leur mission, mais ces droits ne leur donnent pas la qualité de personnes. »

si elle était *réelle*. Il crée ainsi un être imaginaire jouant le rôle d'une personne. Cet être ainsi créé a sa volonté propre qui s'exprime et agit par l'intermédiaire de ses représentants. Mais, étant une création du législateur, la personne morale n'a que les droits reconnus par celui-ci.

Cette théorie puise ses racines dans le droit romain qui ne faisait la distinction entre les personnes morales qu'au point de vue de leur importance et ignorait notre classification en sociétés de personnes et sociétés de capitaux. Les plus importantes sociétés en droit romain étaient les *collegia* qui ont beaucoup de points communs avec les associations d'aujourd'hui. Les *collegia* avaient besoin d'une autorisation spéciale pour jouir de la personnalité juridique, autorisation qui leur était donnée par l'Etat. De nombreuses sociétés de capitaux avaient été investies de la personnalité juridique. C'est pour éviter cette ingérence de l'Etat qu'il s'était formé un grand nombre d'associations licites dépourvues de la personnalité.

13. La *théorie de la représentation de la personne* est fondée également sur l'idée de la fiction, mais elle proclame comme véritables sujets de droit les *bénéficiaires* de ce droit. Par conséquent, la personne morale n'est qu'une *fiction de langage*, car, en réalité, c'est sur le groupe de personnes physiques que *reposent* les droits et les obligations attachés à la prétendue personne morale. Le personne morale n'est qu'un *être artificiel, mécanique*, représentant indispensable des membres qui la composent, soit dans leurs rapports entre eux, soit

dans leurs rapports avec l'extérieur. C'est la *fameuse thèse* de Ihering¹.

Il proclame que la notion de personnalité juridique n'a aucune *valeur scientifique*, c'est un échafaudage inutile. C'est par ces constatations que Ihering devient le *précurseur* de la théorie de la *négation* de la personnalité juridique. En fondant ses conclusions sur une fiction de langage — personne morale — il aboutit indirectement à la négation complète de la personnalité et c'est par là qu'il doit être classé parmi les jurisconsultes partisans du système négatif.

§ 2. — OBSERVATIONS CRITIQUES

14. Aperçu général sur le rôle de l'Etat. Observations critiques. — 15. Evolution historique.

14. La théorie de la *fiction légale* qui triompha pendant longtemps est indéfendable, à notre avis. En admettant que, seuls, les êtres physiques soient par eux-mêmes sujets de droit, cette théorie a confondu la *réalité* et la *matérialité*. Les personnes morales étant des fictions légales, des personnes artificielles créées par l'Etat peuvent-elles avoir une *volonté propre* ? Et comment peut-on parler de *représentation* de sa propre volonté ? Dire que seul l'Etat crée des personnes morales, c'est raisonner d'une façon par trop *exclusive*. Les personnes physiques sont libres d'exercer leur activité soit *individuellement*, soit *en groupe* constitué. Pour répondre à cette objection, les partisans de cette théorie invoquent l'*intérêt* de l'Etat et de l'*ordre général*.

1. Ihering, *Esprit du droit romain*, traduction Meulenaere, t. IV, 2^e édit., pp. 340 et suiv.

Voici, d'ailleurs, le raisonnement de Savigny : « Indépendamment de la raison politique, la nécessité du consentement de l'Etat pour la formation d'une personne juridique trouve sa source dans la nature même du droit. L'homme, par le seul fait de son apparition corporelle, proclame son titre à la capacité du droit... ; à ce signe visible, chaque homme, chaque juge sait les droits qu'il doit reconnaître, les droits qu'il doit protéger. Quand la capacité naturelle de l'homme est étendue fictivement à un être idéal, ce signe visible manque, et la volonté de l'autorité suprême peut seule y suppléer en créant des sujets artificiels de droit... » Sans doute, ce sont là des assertions qui ne sont pas dénuées de fondement. Mais alors, et sans même parler de la prétendue volonté des fictions légales et de leur représentation, comment appliquer la théorie de l'Etat en présence du célèbre adage : *nemo plus juris ad alium transferre potest quam ipse habet* ?

En effet, l'Etat ne saurait être créé par la loi positive, celle-ci n'étant qu'une manifestation de sa volonté, en admettant l'idée d'une volonté de l'Etat souverain.

La théorie de la fiction légale de Savigny sacrifie l'idée de pluralité des droits individuels à celle de l'unité corporative. Saleilles, dans son excellent ouvrage, le constate en ces termes :

« Si on sacrifie l'une ou l'autre, l'idée de collectivité et pluralité à l'idée d'unité ou, à l'inverse, celle d'unité à l'idée de collectivité, dans un cas comme dans l'autre, il y aura rupture avec la réalité, contrairement aux faits. Il y aura quelque chose d'artificiel et faux ¹. »

1. R. Saleilles, *De la personnalité juridique*, 2^e édit., p. 362.

D'autre part, en se basant sur la théorie de la *fiction légale* et celle de la *représentation de la personne* qui aboutit, en dernière analyse et indirectement, à la négation de la personnalité juridique, une personne morale nous apparaît à la fois *fictive* et *réelle* : *fictive*, parce que c'est une création de la loi, c'est-à-dire une fiction de raisonnement du législateur ; *réelle*, parce que, même reposant sur une fiction de langage, en réalité, les droits et les obligations attachés à cette collectivité appartiennent aux personnes physiques qui la composent¹. Comme on le voit, l'expression de *personne morale* prête à l'équivoque.

15. La théorie de la fiction, en France, se conciliait à merveille avec les conceptions législatives du XIX^e siècle qui tendaient à la restriction des personnes morales. Le législateur, en accordant souverainement la personnalité, a en vue l'intérêt général. Les personnes morales n'étant pas de vrais sujets de droit, *ab initio*, le législateur est libre de leur accorder ou de leur refuser toute capacité.

En Allemagne, où l'esprit d'association n'était pas soumis à un régime restrictif, les personnes morales étaient très nombreuses. Aussi la nature de la personnalité des groupements de personnes a été soumise, par les grands jurisconsultes, à une très minutieuse analyse, ce qui a

1. H. Capitant, *Introduction à l'étude du droit civil*, pp. 126 et suiv.; M. Hauriou, *Précis de droit administratif*, 5^e édit., p. 89 et la note; E. Thaller et J. Percerou, *Traité élémentaire de droit commercial*, 8^e édit., pp. 204 et suiv., voir spécialement la page 205, § 277; M. Berthélemy, dans son *Traité de droit administratif*, pp. 42 et suiv., soutient que derrière la prétendue personnalité il y a une collectivité d'individus qui sont propriétaires des biens de la personne morale sous un régime de région concentrée : la personne morale n'existe pas.

eu comme conséquence la naissance d'autres théories et systèmes tendant à expliquer la véritable nature des personnes morales.

« Une évolution analogue, bien que plus tardive, s'est manifestée dans la doctrine française pendant la fin du xix^e siècle. Chez nous, comme en Allemagne, on s'est ingénié, au cours de ces dernières années, à donner aux groupements corporatifs une base juridique plus solide, moins arbitraire que celle de la fiction, à prouver que leur capacité juridique découle, non pas d'une pure concession de l'Etat, mais de la véritable nature des choses ¹. »

Section III. — La théorie de la négation de la personnalité juridique et ses différents systèmes.

§ 1. *Aperçu général et les principaux aspects de la théorie de la négation de la personnalité juridique.* — § 2. *Observations.*

§ 1. — APERÇU GÉNÉRAL ET LES PRINCIPAUX ASPECTS DE LA THÉORIE DE LA NÉGATION DE LA PERSONNALITÉ JURIDIQUE.

16. Généralités. — 17. Les personnes morales ne sont qu'une modalité de la propriété. — 18. Les personnes morales sont des patrimoines d'affectation. — 19. L'extension aux tiers de la charte gouvernant la propriété collective.

16. La *conception trop arbitraire* de la personnalité juridique proposée par les plus illustres représentants de l'école *historique* a donné lieu à de vives attaques.

Déjà Ihering, par la théorie de la représentation de

1. A. Colin et H. Capitant, *Cours élémentaire de droit civil français*, 4^e édit., t. I, p. 662.

la personne, — qui, tout en étant fondée sur l'idée de la fiction, aboutit à la négation de celle-ci, — a ouvert la voie. *Il n'y a pas de personne morale*. Il y a un groupe de personnes et rien de plus. Ce sont ces *personnes* qui sont les titulaires des *droits* et des *obligations* et non pas la soi-disant personne morale. Admettre la théorie de la fiction, c'est méconnaître la réalité des faits. Ce qui est vrai, c'est que ces prétendues personnes morales cachent des *patrimoines collectifs*. En effet, à côté des *patrimoines privés*, il y a des patrimoines composés d'une masse de biens échappant à toute emprise individuelle. C'est une sorte de *propriété collective*, constituée à l'état organique, susceptible de s'adapter à l'*unité* et vouée à une destination collective. Mais cette forme de propriété ne doit pas être confondue avec la *copropriété*. En effet, la copropriété peut se présenter sous la forme de l'indivision ou sous celle de copropriété pure et simple sans indivision.

En cas de copropriété avec indivision, la part de chaque copropriétaire n'est pas déterminée ; elle s'exprime par un chiffre et forme ce qu'on appelle une *quote-part*. Le droit d'un copropriétaire est limité par celui des autres, c'est pour cela qu'il y a copropriété. La chose n'étant pas divisée, il y a *indivisibilité* : sur chaque partie de la chose, il y a la concurrence du droit de tous les copropriétaires.

La copropriété sans indivision se caractérise par l'exercice du droit de chaque copropriétaire sur une partie différente et déterminée. La copropriété n'est qu'une catégorie de propriété individuelle dans laquelle, malgré la confusion matérielle des parts, chaque copropriétaire a un droit de propriété. Au contraire, *la pro-*

priété collective ne comporte pas de droits individuels sous la forme d'une quote-part idéale ou abstraite.

17. La personne morale, par conséquent, dissimule une *forme de la propriété : la propriété collective*. Celle-ci peut être affectée à un but commun à tendances individuelles ou à tendances sociales. Les droits individuels de ceux qui sont appelés à tirer parti de l'usage commun ou général des biens ne disparaissent pas, mais ils sont unis par une force cohésive si puissante qu'on n'en peut disjoindre aucune part personnelle tant que cet état de choses dure.

Il n'y a pas d'autres propriétaires, lorsqu'il s'agit d'une personne morale, que *les associés eux-mêmes*. Il n'y a pas d'autres sujets de droit qu'eux.

« L'idée de personnalité fictive est une conception simple, mais superficielle et fausse, qui cache aux yeux la persistance jusqu'à nos jours de la propriété collective à côté de la propriété individuelle ; ... sous le nom de *personnes civiles*, il faut entendre l'existence de biens collectifs à l'état de masses distinctes, possédées par des hommes plus ou moins nombreux et soustraites au régime de la propriété individuelle. Par conséquent, ces prétendues personnes n'en sont pas, même d'une manière fictive ; et vraiment a-t-on besoin de créer une seconde catégorie de personnes qui n'existe pas dans la nature, pour comprendre une seconde forme de la propriété dont l'existence est un fait évident¹. »

En résumé, cette thèse soutient que la personne civile n'est pas autre chose que le fait de plusieurs individus

1. Voir cette conception hardie de M. Planiol exposée au *Traité élémentaire de droit civil*, t. I, n° 675.

possédant collectivement des biens, de telle sorte qu'ils échappent à la libre disposition de chacun des associés. Or, il n'y a là que la propriété en main commune, la célèbre *Gesammte Hand* du droit allemand¹.

Ce mode de propriété a été pratiqué au moyen âge dans les *sociétés taisibles*. Il n'était pas connu en droit romain ; au contraire, il est l'opposé de la copropriété romaine qui supposait une liaison intime entre les personnes vivant en commun.

Cette théorie a été présentée en France par M. Josserand dans le *Livre du Centenaire du Code civil*².

MM. de La Morandière et Nast en ont fait l'adaptation aux successions et à la communauté conjugale.

La propriété en main commune est caractérisée par ce fait que « chaque copropriétaire ou coassocié a un droit sur le tout (*condominium in solidum*) limité par l'obligation de respecter le droit qu'ont les autres, également sur le tout. Les biens apparaissent au dehors comme grevés de cette charge de servir l'intérêt commun et comme soustraits aux charges pesant individuellement sur tel ou tel intéressé. Cela leur imprime une nature objective propre, au regard de toute personne se mettant en relations avec le groupe des biens. Ce groupe échappe aux vicissitudes de fortune de chaque adhérent,

1. Van den Heuvel, *De la situation légale des associations sans but lucratif*, pp. 35 et suiv. ; Levy-Ullmann, *Essai sur les fondations*, *Revue trimestrielle*, 1904 ; Berthélemy dans son *op. cit.*, pp. 28 et suiv. s'exprime ainsi : « La personnalité morale n'est en résumé qu'un moyen d'expliquer les règles de la propriété collective. » Manara, *Della società delle associazioni commerciali*, t. II, sect. I, Turin, 1904 ; Navarrini, *Sulla personalità giuridica della società commerciale*, dans *Rivista italiana per la scienze giuridiche*, 1901.

2. Josserand, *Livre du Centenaire du Code civil*, t. I, p. 357 ; voir aussi Guisan, *th.*, Lausanne, 1905.

3. De La Morandière et Nast dans *La Vie juridique du Français*, II, pp. 189 et 452.

en vue d'affronter les risques différents. Chaque copropriétaire étend la main sur le tout ; mais il faut que toutes les mains se rencontrent pour qu'un acte contractuel ou judiciaire soit opposable à tous (*Gesammte Hand*) ¹. »

18. Le système de la division du patrimoine en masses diverses de biens n'est qu'un cas d'application d'une notion plus générale, celle de l'*affectation* de ces patrimoines à un *but déterminé* ne se rattachant à aucun sujet de droit, mais seulement au but fixé. C'est la *théorie allemande* de Brinz sur le *Zweckvermoege*n.

Le patrimoine constitué par les apports des associés obéit à un régime spécial. Tout associé, à côté de son patrimoine propre, a encore un autre fragment de patrimoine distinct. L'ensemble de tous ces fragments de patrimoines distincts forme un patrimoine à part *affecté à un but commun* sur lequel les associés exercent un droit de copropriété ².

19. Une autre variante de la théorie de la négation de la personnalité est la *thèse de l'extension aux tiers de la charte qui gouverne la propriété collective*. Toutes les fois que les copropriétaires du patrimoine à destination collective traitent une affaire visant le but commun, ils agissent conformément aux *stipulations de l'acte social*. Les tiers intéressés par ce fait ont été inclus dans les dispositions sociales. Le trafic des biens composant la pro-

1. E. Thaller et J. Percerou, *op. cit.*, p. 212, n° 288.

2. Brinz, *Pandecten*, 3^e édit., t. I, § 59 et suiv., t. IV, § 432 et suiv.; Bekker, *Zur Lehre von Rechtssubject*, dans *Jahrbücher für die Dogmatik*, 1875, t. XII, pp. 1 et suiv.; Josserand, *Livre du Centenaire du Code civil*, t. I, pp. 357 et suiv.

priété collective ne s'exerce que conformément à ces stipulations.

Ce système soutient donc que les effets généraux qu'on attribue à la personne morale peuvent s'expliquer par la seule *interprétation du pacte social*.

Ce système porte encore le nom de *thèse des droits individuels privilégiés*. Dans un pacte social, on dit que les associés se privent de la faculté de payer leurs créanciers personnels avec des choses sociales. « La promesse de les soustraire au gage de ceux-ci s'incorporant aux biens eux-mêmes, ces biens deviennent, vis-à-vis des tiers, insaisissables pour tous autres que les créanciers sociaux et leur prix échappe à la collocation de tous autres que les créanciers sociaux ¹. »

§ 2. — OBSERVATIONS

20. Aperçu général et critique.

20. La théorie de la *négarion* de la personnalité juridique est une théorie très originale et peut séduire par sa simplicité. La simplicité de cette théorie apparaît surtout en apparence. « Mais, dès qu'on en pousse un peu loin l'examen, on éprouve une assez grande difficulté à déterminer quelle est la nature juridique de ces droits collectifs qui, nous dit-on, reposent sur la tête des associés, et non sur celle de l'association . »

D'autre part, la législation latine n^e connaît et ne réglemente que la *copropriété* indivise qui a ses traits caractéristiques et dont la nature juridique *diffère* com-

1. E. Thaller et J. Percerou, *op. cit.*, p. 213, n° 290.

2. A. Colin et H. Capitant, *op. cit.*, t. I, p. 663.

plètement de celle de la *propriété collective*. Ajoutons à cette observation que dans un groupement à but moral ou idéal, les adhérents, en versant leurs cotisations, n'ont sur le fonds commun aucun droit qui ait les mêmes traits que le droit de propriété collective. En effet, même en cas de dissolution d'un pareil groupement, les adhérents n'ont pas le droit de demander le partage.

On dit, en général, que la propriété collective constituée à l'état organique s'*adapte* à l'unité et peut être *vouée* à une destination commune. C'est une sorte de propriété dans laquelle les parts individuelles n'existent pas ; tout est affecté à un but général. « Cela revient à dire, au fond, que c'est le groupe lui-même et non pas les individus qui est le propriétaire des biens communs. Quoi qu'ils fassent, les négateurs de la personnalité juridique sont donc, malgré eux, ramenés à la notion de collectivité propriétaire. Les mots de propriété collective ne veulent pas dire autre chose. Ils sont précisément l'opposé des mots *propriété individuelle*. » Affirmer qu'il y a propriété collective, c'est reconnaître que les droits d'un groupe ne reposent pas sur la tête de chacun des individus du groupe, mais sur le groupe lui-même ¹. »

De plus, en un groupement de personnes, le patrimoine constitué des apports des adhérents ne peut être un sujet de droit. Ce n'est qu'un moyen très efficace d'atteindre le but proposé.

On peut ajouter à ces observations, comme le fait M. Michoud ², que si le patrimoine commun — la propriété collective — n'appartient à personne, c'est l'Etat

1. A. Colin et H. Capitant, *op. cit.*, p. 664.

2. L. Michoud, *op. cit.*, pp. 5 et suiv.

qui deviendra propriétaire. En effet, le droit n'existe qu'en relation avec l'homme. S'il n'y a pas de sujet de droit, le droit n'a plus de raison d'être.

On rencontre alors une troisième variante de la théorie de la *négation de la personnalité* d'après laquelle les effets qu'on attribue à la personnalité morale peuvent s'expliquer par l'interprétation du pacte social. La charte qui gouverne la propriété collective s'extériorise vis-à-vis des tiers¹ en créant, par la privation volontaire de plusieurs facultés des propriétaires collectifs, une *séparation spéciale* des patrimoines.

On s'aperçoit facilement que c'est une création de privilèges. Or les privilèges sont d'interprétation stricte et, nous le savons, ils ne peuvent exister sans texte².

Dans ces trois variantes de la même catégorie, on peut constater qu'il n'y a pas de sujet distinct des individus qui forment le groupement ou en général une association. Tous les auteurs partisans de la théorie de la néga-

1. E. Thaller et J. Percerou, dans leur *Traité élémentaire de droit commercial*, déjà cité, p. 213, n° 221, après avoir fait une distinction fondamentale entre les personnes morales de droit public et celles de droit privé, en admettant pour les premières la personnalité juridique puisqu'elles répondent à un besoin social, concluent pour les dernières en ces termes : « Au total et en résumé, tout cela revient à affirmer que, en dehors des droits et charges de nature réelle, énumérés par la loi (art. 543, C. civ.) : propriété, usufruit, servitudes foncières, hypothèques, etc., il existe une autre charge réelle, dépourvue de dénomination dans l'état naturel de notre vocabulaire juridique, se rattachant en partie aux servitudes et en partie aux hypothèques, et résultant de la coordination d'intérêts entre personnes ayant organisé extérieurement une propriété collective résultant de la structure moderne reconnue en contrat de société. On prétend que l'énumération de l'art. 533 est limitative, que la législation moderne répugne aux droits réels. Oui, en tant qu'il s'agirait de charges nuisibles à la mise en valeur des biens faisant revivre l'ancien régime. Non, en tant qu'il s'agit de fournir au contrat de société son maximum de portée économique. Les choses sociales sont frappées d'une servitude générale et féconde d'obéir au statut social. »

2. Planiol et Ripert, *Traité élémentaire de droit civil*, 3 vol., t. II, p. 783, n° 2544.

tion de la personnalité réduisent, par différentes explications, la notion de la personnalité à *un pur phénomène patrimonial*, en oubliant que celui-ci n'est pas le seul et principal élément d'une association ou d'une société.

« Cependant, les auteurs qui ne voient dans la personne morale que le masque d'un patrimoine collectif, auront tendance à restreindre son champ d'activité à la défense de ce patrimoine, et à lui refuser le pouvoir de se comporter comme le représentant des intérêts collectifs de la communauté présentant un autre caractère d'ordre moral¹. »

Section IV. — La théorie de la réalité de la personnalité juridique et ses principaux systèmes.

§ 1. *Principes généraux et différents systèmes.* — § 2. *La personnalité morale procédé de technique juridique.*

§ 1. — PRINCIPES GÉNÉRAUX ET DIFFÉRENTS SYSTÈMES.

21. Généralités. — 22. Système de la volonté collective. — 23. Système de M. Capitant. — 24. et 25. Système organique ou sociologique. — 26. Comparaison entre la théorie de la fiction et celle de la réalité de la personnalité juridique.

21. La troisième théorie élaborée pour l'explication doctrinale de la personnalité juridique est *celle de la réalité*. Il n'est pas plus possible, disent les partisans de cette théorie, de nier l'existence des personnes morales qu'il n'est possible de les regarder comme une réalité du monde biologique. Elles correspondraient à une réa-

1. A. Colin et H. Capitant, *op. cit.*, p. 666. Cette question présentée à propos du droit d'agir en justice des syndicats professionnels a été résolue par l'affirmative par la Cour de cassation (Cass., Ch. réunies, 5 avril 1913, D. 1914.1.65).

lité d'ordre *métaphysique* ou *psychologique*, ou, tout au moins, à un *centre d'intérêts* dignes de la protection juridique. Par conséquent, en disant réalité, les partisans de cette théorie entendent non pas une *réalité physique* mais une *réalité juridique*. Les personnes morales ne sont pas des personnes fictives, créations arbitraires du législateur, d'après d'autres, mais des *êtres réels* ayant leur volonté qui se manifeste par l'intermédiaire des êtres physiques. Ayant leur volonté propre, le législateur n'interviendrait que pour les contrôler et pour limiter leur capacité d'action.

Cette conception présentée par Beseler, reprise et développée par Gierke dans sa *Genossenschaftstheorie* et par Zitelmann dans son ouvrage intitulé *Begriff und Wesen der sogenannten juristischen Personen*, est soutenue aujourd'hui par plusieurs grands jurisconsultes¹.

Elle a aussi une multitude de variantes dont nous présenterons quelques-unes.

D'après cette théorie, l'opinion qu'on aura sur la personnalité juridique dépendra du parti qu'on prendra sur la *notion du droit* et du *sujet de droit*.

1. Cons. Epinay, *Des associations sans but lucratif*; M. Hauriou, *op. cit.*, et *Précis de droit administratif*; Michoud, De la responsabilité de l'Etat à raison des fautes de ses agents, *Revue de droit public*, mai-juin 1895.

2. Octavian Jonescu, thèse, Paris, 1931, *La notion de droit subjectif dans le droit privé*. On connaît la thèse soutenue par M. Duguit, après A. Comte; dans son *Traité de droit constitutionnel*, t. I, 3^e édit., il soutient que le droit de l'individu découle uniquement de la fonction sociale qu'il remplit. L'homme n'a pas de droit par lui-même, néanmoins, tous ses actes, conformes à la solidarité sociale, au droit objectif par conséquent, sont reconnus et protégés juridiquement. Pour lui, le droit subjectif est un « concept *a priori* ». M. Hauriou (*op. cit.*) a résumé cette doctrine en termes pittoresques : « Ce système juridique apparaît sous la forme d'une distribution collective d'énergie; l'énergie juridique circule dans la canalisation de la règle de droit et, au moyen de commutateurs qui sont les actes-conditions, les individus prennent à volonté du courant. » Nous nous prononçons pour l'existence du droit subjectif. Voir O. Jonescu, *op. cit.*

22. D'après l'une des variantes de cette théorie, la

personne morale *n'est pas une réalité organique*, mais une *volonté collective* orientée vers un but commun. Cette volonté collective se caractérise par un faisceau de volontés individuelles, organisé de manière à produire une *unité de volonté*. Or, les droits étant des volontés juridiquement protégées, il en résulte que l'on doit refuser la qualité de sujet de droit à quiconque n'est pas capable d'avoir cette qualité¹.

D'autres jurisconsultes, notamment Zitelmann, sont allés jusqu'à soutenir que la personne morale avait une *volonté propre*. Ils prétendent que, une fois un groupement de personnes constitué, la totalité des volontés individuelles donne naissance non pas à une unité de volonté mais à une *volonté nouvelle*. C'est elle qui a la capacité et l'exercice du droit, c'est elle qui constitue la raison d'être de la personne morale. C'est la fameuse *Willenstheorie*.

23. Selon un autre système, la personnalité juridique serait le *moyen d'objectiver les intérêts collectifs afin de leur assurer une protection analogue à celle des intérêts individuels*. En effet, on ne peut pas nier l'existence de ces deux sortes d'intérêt et leur refuser la protection juridique. « ...Pour qu'un groupement humain devienne lui-même un être juridique, il faut qu'entre les membres qui le composent, existent des intérêts collectifs et permanents dont la satisfaction ne peut être obtenue que par l'union des participants . »

1. Hauriou, De la personnalité comme élément de la réalité sociale, *Revue générale du droit*, 1898, pp. 130, 134 et suiv.

2. H. Capitant, *op. cit.*, p. 222, n° 163.

Les intérêts collectifs se caractérisent, lorsqu'il s'agit d'un groupement de personnes, par une tendance unitaire qui représente le but poursuivi et par une volonté mise au service de ces intérêts à tendance unitaire. Peu importe que cette volonté soit celle d'un individu ou d'une tierce personne qui agit pour lui. En effet, pour être un titulaire ou un acquéreur de droits, il n'est pas nécessaire d'être doué de volonté « mais cette condition est indispensable pour l'exercer ».

Le Code civil nous présente, à cet égard, la situation de l'infans, des fous et l'exemple de l'institution contractuelle de l'article 1082 .

24. L'Ecole *sociologique* ou *organique* prend le contrepied absolu de cette thèse en soutenant que non seulement la personne morale existe, mais encore qu'elle existe comme une personne physique comparable à l'individu.

Ce système enseigné par Auguste Comte, Spencer et Bluntschli a été repris par Worms dans sa thèse de Paris de 1896 intitulée *Organisme et société*. Il compare la personne morale à un organisme vivant. Cette théorie, exposée d'une manière très séduisante et simple, est cependant indéfendable.

25. Après avoir fait l'exposé des différents systèmes de la théorie de *la réalité de la personnalité juridique*, il convient encore d'ajouter que lorsque les *tribunaux*

1. A. Colin et H. Capitant, *op. cit.*, p. 665.

2. D'autres auteurs, notamment M. Michoud, *op. cit.*, déclarent que ce qui est essentiel dans le droit c'est le but. Le droit subjectif est l'intérêt juridiquement protégé au moyen de la puissance reconnue à la volonté de le représenter et de le défendre ».

interprètent la pensée du législateur et confèrent la personnalité juridique à des associations et sociétés auxquelles le législateur ne l'a pas expressément conférée, ils ne font rien d'autre que reconnaître l'existence réelle des personnes morales.

Le domaine de cette théorie est très étendu. D'éminents jurisconsultes se sont placés à différents points de vue pour répondre à l'argumentation des négateurs de la personnalité juridique. Leurs systèmes souvent très hardis et leurs explications subtiles forment un ensemble très ingénieux et très original qui mériterait une étude approfondie et distincte.

26. En comparant la *théorie de la fiction* avec celle de la *réalité* on voit que des conséquences fort intéressantes vont s'imposer. En effet, dans la théorie de la fiction, *l'intervention de l'Etat est nécessaire*, dans celle de la réalité, *l'Etat interviendra seulement pour confirmer l'existence* des personnes morales. Ces conséquences se ramènent en pratique, à ceci : la personne morale étant une *réalité*, elle sera capable pour tous les actes, sauf ceux qui lui seront expressément interdits; si elle est une *fiction*, sa capacité de droit sera restreinte, l'incapacité étant la règle, la capacité l'exception; en outre, comme elle tient sa capacité de l'Etat, l'Etat pourra la lui retirer quand il voudra.

§ 2. — LA PERSONNALITÉ MORALE, PROCÉDÉ DE TECHNIQUE JURIDIQUE.

27. La thèse de M. Gény.

27. *La personne morale n'est ni un être fictif ni un être réel.* Elle traduit simplement un procédé de pure

technique juridique. Néanmoins, derrière elle, se trouvent des réalités : des *personnes physiques* et un *patrimoine affecté à un but commun*. Les individus sont tantôt groupés en vue d'une certaine fin, tantôt ils sont chargés d'administrer un patrimoine commun affecté à un but général. *Ce procédé juridique qui traduit la personne morale est extrêmement utile*. Il permet de réaliser des constructions juridiques par lesquelles les groupements de personnes peuvent remplir un *rôle social*. Comme c'est un procédé juridique, il ne peut être employé que dans la mesure où il est réellement utile.

En examinant ces procédés juridiques, M. Gény s'exprime en ces termes : « ... Les concepts de sujet de droit, de droit subjectif, de personnalité morale n'ont de valeur qu'en tant que moyens artificiels de l'élaboration juridique et... cantonnés dans ce domaine, ils peuvent rendre de véritables services ¹. » Plus loin, en parlant de la personnalité juridique, il dit : « Du moment que ces concepts s'adaptent bien aux réalités positives du droit vivant, que leurs résultats correspondent aux besoins et intérêts pratiques des hommes vivant en société, que leur ensemble fournit une construction homogène et cohérente, celle-ci, qui se trouve satisfaire aux lois essentielles de la construction juridique, et qu'une expérience déjà longue a favorablement éprouvée, mérite par là-même d'être préférée aux conceptions différentes, aujourd'hui proposées... ². »

Le système de M. Gény se rapproche de celui de la fiction légale. Néanmoins, lorsqu'on l'examine dans son ensemble, il paraît donner un fondement plus réel à la personnalité juridique.

1. Fr. Gény, *op. cit.*, 3^e partie, 1921, pp. 212 et suiv.

2. M. Gény, *op. cit.*, p. 226.

Section V. — Conclusion générale.

28. Généralités. — 29. Faculté de droit et capacité d'activité comme attributs de la personnalité. — 30. Leur application aux groupements de personnes.

28. En exposant ces différentes théories, nous avons vu que ce qui se dégage de leur ensemble, c'est *l'existence de la personnalité juridique*. Même les négateurs de cette personnalité arrivent, en fin de compte, à la notion de *collectivité propriétaire*, de telle sorte qu'en niant son existence en apparence, ils ne font que la prouver davantage au fond. En effet, il n'y a rien d'absurde, à notre avis, dans le fait de soutenir que les groupements de personnes, associations, sociétés, voire même fondations, sont des *personnes juridiques*. De plus on ne peut pas nier l'existence de la personnalité juridique, car en droit positif l'homme en est doué¹.

La personnalité, concept abstrait, est une réalité juridique. C'est à cette idée de *personnalité* qu'en droit positif se rattachent les *droits* et les *relations* de droits. Elle se manifeste dans la vie juridique comme une *attribution principale* de la personne physique.

29. Ses éléments constitutifs sont la *faculté de droit* et la *capacité d'activité* qui, en même temps, forment ses deux *attributs essentiels*. Le domaine de la *faculté de droit* n'a pas d'étendue, de dimensions égales chez toutes les personnes. En effet, c'est un principe reconnu que l'égalité n'exclut point des latitudes ou des restrictions. *Ce qui caractérise et donne une prééminence à la faculté*

1. O. Jonescu, *op. cit.*, voir notamment les différentes théories sur l'existence et la structure du droit subjectif, pp. 25 et suiv., et 66 et suiv.

de droit, c'est qu'en droit positif, une personne ne peut être sujet de droit sans cette attribution essentielle. C'est une condition sine qua non du sujet de droit.

Pour *acquérir* la faculté de droit, *il n'est pas nécessaire d'être doué de volonté*. Mais pour l'*exercer* ou pour la *transmettre*, la *volonté est indispensable*. C'est le cas de l'*infans* et des *fous*. Ils ont la faculté de droit en vertu d'un acte juridique qui, en dernière analyse, est un acte de volonté de transmission de cette faculté. Une fois cette faculté transmise, elle a comme conséquence une protection et une réglementation par la norme du droit positif.

La *capacité d'activité* est aussi un attribut de la personnalité. Mais cet attribut peut être exercé non seulement par le titulaire de la faculté de droit mais encore par ses *représentants*. Le droit positif supplée quelquefois la capacité d'activité chez les personnes physiques. Le Code civil nous fournit des exemples de pareilles institutions, par exemple celles de la tutelle ou de la curatelle.

30. La personnalité étant le *fondement du droit*, chaque personne peut prétendre à la reconnaissance de sa personnalité. C'est un principe généralement reconnu. Mais, en ce qui concerne les groupements de personnes, notamment les associations et les sociétés, et leur personification, deux postulats sont nécessaires : d'abord le *fondement*, et la *norme de droit* qui investira le premier de la *subjectivité de droit*.

Le fondement sera la manifestation de la volonté des personnes qui constituent le groupement. Cette manifestation peut être explicite ou implicite. La volonté des personnes sera dirigée vers un *but à réaliser qui forme*

la cause efficiente de leur union. L'extériorisation de leur volonté par l'union en vue d'un but commun étant digne de la protection juridique, la norme de droit interviendra et investira cette volonté — traduite en pratique par un intérêt commun — de la subjectivité de droit.

La faculté de droit reposera sur ce tout. La capacité d'activité sera déléguée à des représentants qui agiront conformément à la volonté des adhérents exprimée dans l'acte constitutif.

Le même phénomène se passera pour les fondations. En effet, *la volonté et le but du fondateur sont traduits dans l'acte constitutif et seront exercés par des représentants.* Les moyens tendant à réaliser le but sont fournis par lui et l'intérêt est représenté par les bénéficiaires. Ce *tout*, composé des éléments examinés plus haut, sera, lui aussi, personnifié.

Ces observations faites, il ne faut pas attacher une *importance excessive* à la discussion de la nature des personnes morales. Elle appartient au domaine de la *doctrine pure*.

Les jurisconsultes, en examinant la nature et la structure des personnes, ont exercé surtout leur finesse d'analystes, leur sagacité juridique, mais on ne saurait trouver dans leurs travaux une *institution juridique susceptible de s'imposer à la réalité de la vie juridique par ses manifestations et son but même*.

PREMIÈRE PARTIE

Le domaine des Sociétés civiles
en droit comparé

TITRE PREMIER

Caractères généraux de la Société et des autres institutions juridiques voisines.

CHAPITRE PREMIER

LES ASSOCIATIONS ET LES SOCIÉTÉS

SECTION I. Critérium de la distinction des associations et des sociétés. — SECTION II. Intérêts pratiques de cette distinction.

Section I. — Critérium de la distinction des Associations et des Sociétés

§ 1. *Association et société.* — § 2. *La tendance jurisprudentielle concernant l'assimilation de différents groupements intéressés à de véritables sociétés.*¹

§ 1. — ASSOCIATION ET SOCIÉTÉ.

31. Généralités. — 32. Les art. 1^{er} de la loi du 1^{er} juillet 1901 et 1832 du Code civil. — 33. L'état actuel de la jurisprudence concernant le critérium de la distinction.

31. *Les associations et les sociétés sont des groupements de personnes mettant en commun des ressources et des efforts et organisées de manière à réaliser un but donné.*

En principe, les associations forment un genre très large. Les sociétés représentent une espèce très importante de ce genre. Aussi la loi a fait une distinction entre les expressions *association* et *société* qui, dans le langage

courant, sont synonymes. Le critérium de cette distinction puise sa source dans la *nature des intérêts à réaliser*. Malheureusement, le critérium permettant de distinguer les deux groupements de personnes, tel qu'il résulte des termes et de l'esprit de la loi, n'est pas net.

32. En effet, l'article 1 de la loi du 1^{er} juillet 1901 est ainsi conçu : « L'association est la convention par laquelle deux ou plusieurs personnes mettent en commun d'une façon permanente leurs connaissances ou leur activité dans un but autre que de partager des bénéfices. »

Les traits qui caractérisent donc l'association sont : le *groupement de personnes* et un *but autre que celui de partager des bénéfices* entre les adhérents.

Au contraire, l'article 1382 du Code civil définit la société de la façon suivante : « La société est un contrat par lequel deux ou plusieurs personnes conviennent de mettre quelque chose en commun, dans la vue de partager le bénéfice qui pourra en résulter. » Cette définition, complétée par les dispositions de l'article 1833 du Code civil, nous donne les *traits essentiels* de la société, qui sont au nombre de quatre : 1^o chaque associé doit faire un *apport*; 2^o le but de la société est de *réaliser des bénéfices*; 3^o ces bénéfices doivent être *partagés* entre les associés et 4^o chaque associé doit *participer aux bénéfices et contribuer aux pertes*.

Ces traits principaux se trouvent dans toutes les législations latines¹.

1. Consulter sur ce point Nyssens et Corbiau, *Traité des sociétés commerciales*, 1895, t. I (seul paru); Fredericq, *Manuel de droit commercial*, 1930; Rodino, *Il contratto di società sul diritto civile italiano*, Torino, 1903; C. Vi-vante, *Società commerciali*, t. II, *Trattato di diritto commerciali*, 4^e édit.,

33. La Cour de cassation dégage ce *critérium* en décidant d'une *manière absolue* qu'une association de personnes qui n'a pas pour but la réalisation de bénéfices à partager entre les associés n'est pas une société dans le sens de l'article 1832 du Code civil². Les mots *bénéfices à réaliser* ont donné naissance à des interprétations variées. On dit souvent que le mot *bénéfice* doit se traduire en pratique en un partage de *profits pécuniaires*, c'est-à-dire par un partage en argent entre les associés. Cette interprétation de la loi est trop *étroite* et elle est abandonnée par la jurisprudence récente.

En effet, le bénéfice « peut résulter de tout avantage économique, de tout profit patrimonial, au sens le plus large, à la seule condition que ce profit ait un caractère positif et ne consiste pas uniquement en une garantie contre une perte éventuelle¹ ».

Cette interprétation jurisprudentielle est conforme à la tradition.

On pourrait même étendre davantage encore la notion de bénéfices. En effet, au point de vue économique, les *bénéfices peuvent avoir non seulement un caractère*

Milano, 1912; Emidio Panifici-Mazzoni, *Istituzioni di diritto civile italiano*, 5^e édit., Firenze, 1914 et *Codice civile italiano commentato con la legge romana, le Sentenze dei dottori e la giurisprudenza*, Firenze, 1872; G. P. Chironi e L. Abello, *Tratatto di diritto civile italiano*, Torino, 1904; Vincenzo Simoncelli, *Istituzioni di diritto privato italiano*, Roma, 1917, 2^e édit.; M. Cantacuzino, *Elementele dreptului civil roman*, Bucuresti, 1921.

V. Cadere, Cours de droit civil enseigné à la Faculté de droit d'Oradea, 1927-1928; C. Petrescu-Ercea, Cours de droit commercial (v. Sociétés) enseigné à la Faculté de droit d'Oradea, 1927-1928.

1. Cass., 27 nov. 1897, S. 1902.1.15 et les renvois; 1^e déc. 1903, S. 1904.1.468; 6 févr. 1905, S. 1905.1.419; 17 juill. 1905, S. 1906.1.419; 4 août 1909, J. S., 1910-61; 25 avril 1910, J. S., 1911-303; Cass., Ch. réun., 11 mars 1914, D. 1914.1.257 et la note. Cons. Hayem, *Domaine respectif de l'association et de la société*, th., 1907.

2. Voir : E. Gaudenet, note sous Req., 25 août 1910, S. 1913.1.483, col. 3. Comp. Req., 15 avril 1902, S. 1903.1.283 et la note de M. Wahl en sens contraire.

positif mais encore ils peuvent se présenter avec un caractère négatif résultant d'une garantie contre des pertes éventuelles. Mais le caractère dynamique de la jurisprudence française n'est pas allé aussi loin. Un arrêt des Chambres réunies, de la Cour de cassation du 11 mars 1914, est la première décision de jurisprudence qui donne la définition du mot *bénéfices* qu'emploient les articles 1382 du Code civil et 1^{er} de la loi du 1^{er} juillet 1901. Cet arrêt appelle le *bénéfice* « le gain pécuniaire ou le gain matériel qui ajouterait à la fortune des associés ¹ ».

§ 2: — LA TENDANCE JURISPRUDENTIELLE CONCERNANT
L'ASSIMILATION DE DIFFÉRENTS GROUPEMENTS INTÉRESSÉS
A DE VÉRITABLES SOCIÉTÉS.

34. Aperçu général. — 35. Les sociétés d'assurance mutuelle et l'attitude de la jurisprudence française et belge. — 36. Assimilation des sociétés de chasse, de courses et des cercles à de véritables sociétés. — 37. La situation jurisprudentielle des sociétés coopératives de consommation et de crédit. — 37 bis. Les syndicats et leur nature juridique. — 38. La situation spéciale des associations en participation. — 39. Observations finales.

34. En principe, le *critérium de la distinction des associations et des sociétés*, tel qu'il résulte de la jurisprudence actuelle, permet de tracer une ligne de démarcation entre elles. Très certainement, des groupements de personnes constitués en vue d'un *but totalement désintéressé* rentrent dans la catégorie des *associations*. A l'inverse, des groupements de personnes ayant en vue la *réalisation de profits économiques devant accroître la fortune des associés* sont, sans contestation possible, des *sociétés*.

1. Cass., Ch. réun., 11 mars 1914, D. 1914.1.457 et la note; 4 août 1909, D. 1910.1.153.

Mais il y a des groupements de personnes qui poursuivent un *but d'ordre patrimonial sans qu'il soit question de partager des bénéfices* ou bien des groupements qui poursuivent un *but intéressé sans être d'ordre patrimonial*. Ces groupements sont-ils des *associations* ou des *sociétés* ? En principe, pour déterminer le caractère et la nature d'un tel groupement, on cherche quel est le *but principal* qui était envisagé lors de sa constitution. Le but principal ainsi dégagé sera déterminant pour la *nature du groupement de personnes*. Par conséquent, lorsque l'activité d'une association est *mixte*, il faut rechercher quel est le *but principal* et quel est le *but accessoire*. Le Touring-Club de Belgique, en dehors de son but principal, vend des cartes routières, des plans, etc., néanmoins, cette entreprise parallèle ne lui enlève pas son caractère d'association ¹.

35. Il y a d'autres groupements intermédiaires qui, tout en ayant le caractère d'associations d'après le critérium de la distinction des associations et des sociétés, ont cependant été assimilés à de véritables sociétés.

Ainsi les *sociétés d'assurances mutuelles* ne sont pas de véritables sociétés parce qu'elles ne visent ni un bénéfice pécuniaire ni un profit positif. Elles ont uniquement pour but l'indemnisation des associés sinistrés. A cette fin, elles réunissent un capital, un fonds commun, qui sera destiné au but de la société, c'est-à-dire à l'indemnisation des associés qui sont victimes d'un sinistre. En dépit de ces caractéristiques, la jurisprudence française n'a pas cessé de les assimiler à de véritables sociétés.

1. Trib. civ. Anvers, 5 nov. 1904, P. P., 1904, n. 1398.

tés¹. Il semble que cette tendance de la jurisprudence française se retrouve également au décret du 22 janvier 1868 qui paraît adopter le même point de vue que la jurisprudence.

Au contraire, en Belgique, les associations d'assurances mutuelles qui sont régies par la loi du 23 juin 1894, modifiée par les lois des 27 décembre 1913, 3 août 1924 et 30 mars 1926, ne sont pas des sociétés parce que les intéressés ont pour but principal d'éviter une perte².

36. En ce qui concerne les *sociétés de chasse et de courses*, qui n'ont rien de commun avec les sociétés commerciales, et les *cercles* destinés à procurer à leurs adhérents différentes distractions, l'attitude de la jurisprudence française est la même que pour les sociétés d'assurances mutuelles. Elle leur reconnaît la personnalité civile avec toutes les conséquences qu'elle entraîne³.

La Cour de cassation a même reconnu le caractère de société à une *association constituée entre les abonnés d'une société d'éclairage électrique* qui avait pour objet « de veiller à l'intérêt de ses membres, de poursuivre la réalisation de toutes réformes utiles dans le cahier des charges, et enfin de partager entre ses membres les bénéfices à réaliser au moyen des indemnités obtenues, pour quelque cause que ce soit, du concessionnaire de l'éclairage électrique ». Une telle association constitue, d'après cette décision, une *société civile* ayant la personnalité juridique, puisque l'un de ses buts est le partage des bénéfices⁴.

1. Cass., 13 mai 1857, D. 1857.1.201; S. 1858.1.129.

2. Gand, 6 mars 1913, R. P. S., 1913, n. 2309; Cour d'appel de Bruxelles, 1^{er} juillet 1908, R. P. S., 1909, n. 2006; 1^{er} février 1909, R. P. S., n° 2007.

3. Poitiers, 20 janv. 1909, D. 1909.2.157; S. 1909.2.55.

4. Req., 25 avril 1910, D. 1911.1.473 et la note de M. Nast, S. 1913.1.481.

37. Les *sociétés coopératives de consommation* ne sont pas non plus de véritables sociétés car, se bornant à traiter avec leurs propres membres, elles ont pour but de procurer à leurs membres certains produits sans qu'il y ait lieu de procéder à un partage quelconque de bénéfice.

De même, les *coopératives de crédit* qui tendent à procurer à leurs associés à meilleur compte le crédit dont ils ont besoin. Partant de ce principe, la Cour de cassation, dans un arrêt rendu le 11 mars 1914, a décidé que : « Une Caisse rurale ayant pour¹ seul but de procurer à ses adhérents à un taux aussi réduit que possible le crédit nécessaire à leurs exploitations et non la réalisation et le partage de bénéfices n'a pas le caractère d'une société et que, par suite, le droit d'enregistrement à percevoir sur l'acte de formation est le droit fixe¹. »

Néanmoins lorsque les *sociétés coopératives promettent un intérêt au capital social*, intérêt qui est prélevé sur le résultat des opérations, ces coopératives deviennent de véritables sociétés. En effet, dans ce cas, elles répondent à la définition de l'article 1832, Code civil : « Les sociétaires se sont proposé la rémunération de leurs mises au moyen des bénéfices... La rémunération du capital, il est vrai, n'est pas l'unique fin que poursuive le groupe, elle ne laisse voir qu'un des aspects de la combinaison. Mais, pour caractériser un organisme, on n'est pas forcé de faire état de toutes ses propriétés à la fois. Il suffit d'en retenir une seule, permettant de lui donner forme légale². »

1. Cass., Ch. réun., 11 mars 1914, D. 1914.1.257.

2. E. Thaller, J. Percerou, *op. cit.*, p. 535, n° 798.

37 bis. Les *associations syndicales* sont des groupements de personnes dont le but est de servir à la fois les intérêts particuliers de ses membres et les intérêts généraux d'une branche d'activité quelconque. Par conséquent, il n'est pas douteux que les membres d'une association syndicale tirent de leur groupement de nombreux avantages moraux et matériels, parfois même de véritables bénéfices. Bien que les syndicats dirigent leurs efforts vers des services d'ordre économique, ils sont des *associations* et conservent cette nature juridique même si par leur activité dépassent les bornes strictement prévues par les lois. Il est vrai, d'autre part, que lorsqu'il s'agit d'une association syndicale, nous sommes sur les confins de la société mais toujours dans le domaine de l'association. En effet, en matière de syndicats il y a réalisation de bénéfices mais non partage de ceux-ci. Les membres d'un syndicat ont une pensée égoïste, mais la raison d'être de celui-ci est un but d'ordre plus élevé.

Les syndicats, par conséquent, sont des *groupements intéressés* dont le domaine se trouve entre l'association et la société, ayant comme but la réalisation de bénéfices au profit de la collectivité de ses membres qui poursuivent une fin d'intérêt général.

38. *L'association en participation ne constitue ni une association proprement dite, ni une société véritable.* L'ancien droit français la considérait comme une société véritable et on l'appelait généralement *société anonyme*.

1. Cons. Glotin, *Etude historique, juridique et économique sur les syndicats professionnels*; Gain, *Traité théorique et pratique des associations syndicales*; D. Boisdon, *Contribution à l'étude du droit d'association : Associations, Syndicats, Coopératives*, th., Paris, 1908.

Son trait caractéristique était qu'elle ne jouissait pas de la personnalité juridique, parce que, tout en étant une société commerciale, elle était dispensée de la publicité. Aujourd'hui, elle a cessé de constituer une véritable société, parce qu'elle est généralement dépourvue de *fonds social*. Néanmoins, l'article 43 nouveau, alinéa 1, du Code de commerce dit que « les associations en participation sont des sociétés dont l'existence ne se révèle pas aux tiers ». Mais en examinant leur nature juridique, il est difficile d'admettre qu'elles constituent de véritables sociétés. Elles ont un *caractère intermédiaire* qui les place entre les associations et les sociétés.

On dit même que c'est pour la distinguer d'une véritable société que le Code de commerce l'aurait dénommée *association* et non société en participation¹.

L'association en participation n'existe pas à l'égard des tiers ; elle a un *caractère occulte* qui la distingue des autres sociétés². L'association en participation étant dépourvue de la personnalité juridique, chacun des participants reste le propriétaire de son apport.

L'association en participation n'est pas non plus une association véritable. En effet, la loi du 1^{er} juillet 1901 exige que l'association ait un *but autre que celui de partager des bénéfices*. Or, l'association en participation réalise des bénéfices. De plus ces bénéfices qui résultent des choses dont un ou plusieurs associés sont privativement propriétaires, et non pas des choses dont l'ensemble formerait un *patrimoine séparé appartenant à une*

1. Cass., 7 mai 1902, D. 1902.1.286; Trib. Com. Seine, 16 juin 1906, R. S., 1907, p. 70.

2. Cass., 9 févr. 1903, S. 1903.1.115; R. S., 1906, 101; Trib. com. Lyon, 6 déc. 1910, R. S., 1911, 516; Nîmes, 5 mars 1917, J. S., 1919, 172; Seine, 2 juin 1924, J. S., 1926, 102.

entité juridique distincte de la personne des associés, *sont partagés* avant la dissolution ou lors de la dissolution, entre les associés.

39. L'assimilation des différentes associations et groupements intéressés de personnes à de véritables sociétés, résulte de l'interprétation un peu plus large de l'expression *bénéfices à réaliser*. « Or, cet élargissement paraît tout à fait rationnel. *Faire un bénéfice*, ce n'est pas seulement *gagner de l'argent*, mais *réaliser un gain*, quelle qu'en soit la nature, qu'il consiste en une somme d'argent ou en un profit d'une autre espèce. Ainsi, faire une économie en achetant moins cher, c'est certainement réaliser un bénéfice ¹. »

Section II. — Intérêts pratiques de la distinction des Associations et des Sociétés

40. Aperçu général. — 41. Le but lucratif des sociétés par opposition aux associations. — 42. Distinction au point de vue de la capacité de la personnalité juridique. — 43. Différences de forme de constitution des associations et des sociétés. — 44. Quelques observations critiques.

40. Jusqu'à la loi du 1^{er} juillet 1901 l'association était interdite. On ne pouvait s'associer qu'avec l'autorisation du gouvernement. Les associations existantes et créées ainsi jouissaient d'un régime de pure tolérance, et n'avaient pas, en principe, la personnalité juridique. Pour avoir cette qualité, elles étaient soumises à des conditions très rigoureuses. Une association non autorisée de plus de *vingt membres* tombait sous le coup des articles 291 et 292 du Code pénal. L'association soumise

1. A. Colin et H. Capitant, *op. cit.*, t. II, p. 612.

à un *régime très libéral* au moyen âge était considérée comme une *organisation nuisible à l'Etat moderne*.

La loi du 1^{er} juillet 1901 a consacré la liberté d'association excepté à l'égard des associations qui seraient fondées « sur une cause ou en vue d'un objet illicite, contraire aux lois, aux bonnes mœurs ou qui auraient pour but de porter atteinte à l'intégrité du territoire national et à la forme républicaine du gouvernement.... » En abrogeant, par son article 21, les articles 291 et 292 du Code pénal, cette loi a enlevé, en même temps, une partie de l'intérêt à la question de savoir si un groupement de personnes constitue une association ou une société.

41. La première distinction entre les associations et les sociétés résulte des articles 1^{er} de la loi du 1^{er} juillet 1901 et 1832 du Code civil. En vertu de l'article 1^{er} de la loi de 1901, *l'association doit avoir un but autre que le partage des bénéfices*, tandis que l'article 1832 du Code civil exige pour l'existence de la société un but lucratif et le *partage des bénéfices réalisés*. Le critérium de cette distinction, tel qu'il résulte de l'interprétation étroite des expressions du Code civil, est trop rigoureux. Aussi la jurisprudence française plus que la jurisprudence belge — ainsi que nous l'avons constaté — a élargi la signification des mots *bénéfices à réaliser*, en englobant ainsi dans le cadre de la notion de sociétés plusieurs groupements de personnes dont les principaux aspects ont été examinés.

42. Une autre distinction résulte du fait que la jurisprudence française admet la personnalité juridique des

sociétés en général et leur donne une *capacité sans limite*. Ayant pleine capacité, elles peuvent *recevoir des libéralités*. Mais cette capacité de recevoir à titre gratuit a toujours préoccupé les juristes français comme ayant le grave inconvénient d'augmenter le nombre des *biens de mainmorte*. Certains auteurs ont nié la capacité de recevoir à titre gratuit ¹.

Mais les sociétés ne présentent aucun danger pour l'Etat, et n'étant pas des *personnes de mainmorte* elles peuvent acquérir à titre gratuit et posséder des immeubles. La jurisprudence est dans ce sens et admet la pleine capacité des sociétés. On invoque comme argument décisif l'article 902 du Code civil qui admet implicitement cette capacité pour les sociétés ².

Quant aux associations, on leur accorde difficilement la capacité de recevoir à titre gratuit. Au contraire, on leur permet aisément d'agir en justice par l'entremise d'un mandataire. Elle acquièrent la personnalité juridique à la condition de satisfaire aux dispositions de l'article 5 de la loi du 1^{er} juillet 1901. En outre, elles peuvent posséder, en vertu de l'article 6 de la même loi, les immeubles strictement nécessaires à l'accomplissement du but qu'elles se sont proposé. Leur *capacité est restreinte* parce qu'elles ne peuvent recevoir des dons et legs que dans les conditions prévues par les articles 910 du Code civil et 5 de la loi du 4 février 1901.

43. Les *sociétés civiles*, pour pouvoir réunir les capi-

1. Labbé, note S. 1881.2.249; Laurent, *Principes du droit civil français* 5^e édit., t. V, n° 289; Trib. civ. Reims, 12 mai 1911, *J. S.*, 1911, 510.

2. Req., 2 janv. 1894, D. 1894.1.86, S. 1894.1.129; 29 oct. 1894, D. 1896.1.145, note de M. Thaller, S. 1895.1.65, note Lyon-Caen; Trib. civ. Seine, 30 mars 1881, D. 1883.3.31; S. 1881.2.249. Aubry et Rau, *Droit civil français*, 4^e édit., t. I, pp. 131 et suiv.; Thaller et Percerou, *op. cit.*, n° 302.

taux nécessaires à la réalisation de leur but, *peuvent prendre la forme de sociétés par actions*. Or les associations proprement dites ne peuvent pas émettre d'actions car cela serait contraire aux principes fondamentaux qui les régissent. Néanmoins on a vu des associations se constituer sous la forme anonyme, mais leur existence légale sous cette forme *est très contestable*¹. En outre, lorsqu'il s'agit d'une société, l'article 68 de la loi du 22 frimaire an VII la soumet à un droit d'enregistrement auquel la constitution d'une association ne donne pas lieu.

44. Nous constatons donc qu'en principe une grande partie des intérêts pratiques de la distinction entre associations et sociétés a été enlevée par la loi du 1^{er} juillet 1901 qui a établi la liberté d'association. Nous avons examiné les principales différences qui existent entre elles et les conséquences qui en découlent. Aujourd'hui la constitution d'une association est libre comme celle d'une société. Seules, quelques dispositions législatives et jurisprudentielles les séparent en déterminant leur *domaine*, leurs *caractères* et leur *nature*.

1. Trib. Seine, 27 juill. 1906, S. 1908.2.55.

CHAPITRE II

DES DIVERSES ESPÈCES DE SOCIÉTÉS

SECTION I. Sociétés civiles et sociétés commerciales. —

SECTION II. Sociétés de personnes et sociétés de capitaux. —

SECTION III. Sociétés universelles et sociétés particulières.

Section I. — Sociétés civiles et Sociétés commerciales

§ 1. *Critérium de la distinction des sociétés civiles et des sociétés commerciales.* — § 2. *Intérêts pratiques de la distinction des sociétés civiles et des sociétés commerciales.*

§ 1. — CRITÉRIUM DE LA DISTINCTION DES SOCIÉTÉS CIVILES ET DES SOCIÉTÉS COMMERCIALES

45. Généralités et diverses espèces de sociétés. — 46. Le critérium formel et objectif. — 47. Etat de la jurisprudence. — 48. La loi du 1^{er} août 1893 et ses antécédents, et la loi du 7 mars 1925. — 49. La portée exacte de la loi du 1^{er} août 1893. — 50. Le système belge. — 50bis. Suite et le système roumain

45. En général, les sociétés sont classées en *trois groupes*. Le *premier groupe* vise le but et l'objet que la société poursuit et comprend deux subdivisions : les *sociétés civiles* et les *sociétés commerciales*.

Le *deuxième groupe* se réfère à leur composition et divise les sociétés en *sociétés de personnes* et en *sociétés de capitaux*.

Enfin le *troisième groupe* contient les sociétés divisées, au point de vue de leur étendue, en *sociétés universelles* et en *sociétés particulières*.

Les sociétés civiles sont régies par le Code civil. Elles sont divisées en *sociétés universelles de tous biens présents*, en *sociétés universelles de gains* et en *sociétés particulières*.

Sont considérées comme *commerciales* : les *sociétés en nom collectif*, les *sociétés en commandite simple* ou *par intérêts*, les *sociétés en commandite par actions*, les *sociétés anonymes* et, depuis la loi du 7 mars 1925, les *société à responsabilité limitée*, et enfin, les *associations en participation*. Les sociétés commerciales sont régies : par les dispositions du Code civil « dans les points qui n'ont rien de contraire aux lois et usages du commerce » (art. 1873, C. civ.) ¹ et par les dispositions du Code de commerce ; s'il s'agit d'une société en commandite par actions ou anonyme, par la loi du 24 juillet 1867, modifiée et complétée par les lois des 1^{er} août 1893, 16 novembre 1913 et 26 avril 1917. La loi du 7 mars 1925 régit les sociétés à responsabilité limitée qui ont des points de ressemblance avec la *private company* du droit anglais

1. Cette disposition est spécifique à toutes les législations qui ont maintenu la dualité du droit des obligations. En Suisse, depuis 1883, date à laquelle le droit des obligations a été unifié en un Code fédéral qui ne fait aucune distinction entre les sociétés civiles et commerciales, ce principe ne se pose plus. Au contraire, l'alinéa 2 de l'art. 105 du C. de com. all. qui spécifie que « les dispositions du Code civil sur les sociétés s'appliquent aux sociétés de commerce à moins que la présente section n'édicté d'autres prescriptions », considère les dispositions du Code civil comme complémentaires du Code de commerce.

Le Code civil autrichien de 1811, révisé le 1^{er} janvier 1917, contient quelques dispositions spéciales relatives aux sociétés entre commerçants, mais elles ne s'appliquent qu'aux associations qui ne sont point soumises aux dispositions du droit commercial. En effet, l'art. 10 du C. de com. autrichien spécifie que « les dispositions du présent Code, concernant les raisons commerciales, les livres de commerce et les procurations, ne s'appliquent pas aux revendeurs... Les associations pour l'exercice des métiers auxquels ne s'appliquent pas les dispositions ci-dessus, n'ont point le caractère de sociétés commerciales ».

En Hongrie, où le droit coutumier règne, on a codifié effectivement le droit commercial et le change. La conséquence est que les sociétés commerciales sont régies par le Code de commerce de 1875, dit la loi XXXVII.

et la *Gesellschaft mit beschränkter Haftung* du droit allemand.

46. Le *critérium de la distinction des sociétés civiles et des sociétés commerciales* peut être examiné sous deux aspects différents. On a dit souvent, en se fondant sur un *critérium de forme*, qu'une société est commerciale lorsqu'elle est constituée selon les *formes prévues pour les sociétés commerciales*. D'autre part, et abstraction faite des lois des 1^{er} août 1893 et 7 mars 1925, on dit qu'une société ayant pour but d'effectuer des *opérations civiles est civile*. Au contraire, lorsque l'*objet d'une société est relatif à des opérations commerciales, elle est commerciale*. Par conséquent, le caractère civil ou commercial d'une société se déterminerait par l'objet, c'est-à-dire par la *nature des opérations* qu'elle entreprend.

Sur le critérium de la distinction entre les sociétés civiles et les sociétés commerciales, les Codes civil et commercial sont muets. Aussi la doctrine, suivie de la jurisprudence, s'est efforcée de tracer une *ligne de démarcation entre ces sociétés*. Le vote de la loi du 1^{er} août 1893 a fait cesser les doutes qui pouvaient subsister et a permis d'établir des règles précises sur certains points controversés.

47. Pendant longtemps, pour déterminer la nature d'une société, la doctrine et la jurisprudence ont accordé la *préférence au critérium formel* avec une seule exception, à savoir : qu'on n'a jamais soutenu qu'une société qui est commerciale par son objet devait être considérée comme société civile, lorsqu'elle se constituait sous la forme d'une société civile.

Cette exception qui *portait une grave atteinte au critérium formel a eu comme conséquence le rétablissement du critérium objectif* pour la détermination de la nature d'une société. D'après ce critérium, il n'y a pas lieu de prendre en considération la forme de constitution d'une société ni la qualité de ses membres, pour savoir si la société est civile ou commerciale. C'est son *objet*, c'est-à-dire la *nature de ses opérations*, qui va résoudre la qualification de la société¹.

Lorsqu'une société a un objet partiellement civil et partiellement commercial, ce qui déterminera la nature de celle-ci, ce sera la partie prépondérante de l'objet, et surtout sa réalisation en fait².

48. Néanmoins, l'intervention de la loi du 1^{er} août 1893 a eu comme conséquence un *retour*, sinon total, du moins *partiel*, au *critérium formel*. En effet, l'article 68 de cette loi est ainsi conçu : « Quel que soit leur objet, les sociétés en commandite ou anonymes qui seront constituées dans les formes du Code de commerce ou de la présente loi seront commerciales, et soumises aux lois et usages du commerce. » Ces dispositions de la loi du 1^{er} août 1893 ont été provoquées par les scandales de la société du Panama. Lors de la déconfiture de cette société, il fut impossible de la déclarer en faillite puisqu'elle pouvait entrer dans la catégorie du propriétaire qui *exploite son propre immeuble ou du mandataire ou*

1. Cass., 12 déc. 1887, S. 1888.1.319; Paris, 6 mars 1888, J. S., 1888, 203; Seine, 18 févr. 1889, J. S., 1889, 102 et 11 mai 1894, J. S., 1895, 139; Trib. Toulouse, 30 déc. 1895, J. S., 1896, 284; Seine, 31 déc. 1900, J. S., 1901, 213 et 14 févr. 1901, J. S., 1901, 327; Cass., 3 févr. 1902, J. S., 1902, 348; Paris, 31 mai 1904, J. S., 1904, 498; voir aussi Trib. com. Seine, 9 mai 1890, J. T. C., 1891, 205; Lyon-Caen, note sous S. 1887.2.121.

2. Comm. Bruxelles, 7 janv. 1907, R. S., 1907, 208.

cessionnaire de ce propriétaire. Or, il est reconnu que ces personnes ne font pas d'*actes de commerce*. Et c'est dans ce sens que la Cour de cassation s'est prononcée : « Attendu que le caractère civil ou commercial d'une société se reconnaît non pas à la forme particulière dont elle est revêtue, mais à la nature de l'entreprise qui en constitue l'objet principal ; qu'il importe donc peu que la Compagnie du canal interocéanique du Panama soit une société anonyme, cette circonstance ne suffisant pas à lui imprimer un caractère principal... Attendu que la Compagnie a pour objet principal la mise en valeur d'une chose immobilière, dans des conditions où l'Etat de Colombie aurait pu l'exploiter lui-même, s'il ne l'avait concédé à des tiers ; qu'elle est donc purement civile ¹. »

Donc, depuis la loi du 1^{er} août 1893, sont considérées comme sociétés commerciales, les sociétés dont l'objet est civil, mais qui se sont constituées conformément aux prescriptions concernant les sociétés en commandite par actions, les sociétés anonymes ou les sociétés à capital variable par actions. Par conséquent, de telles sociétés peuvent être déclarées en faillite ou en liquidation judiciaire et sont soumises à toutes les dispositions du Code de commerce, lois et usages du commerce ². En commercialisant ces sociétés, cette loi a déplacé sensiblement la frontière entre les sociétés civiles et commerciales en étendant le domaine de ces dernières.

1. Paris, 8 mars 1889, D. 1890.2.233; S. 1889.2.225; voir sur la nature immobilière du droit résultant de la concession d'un canal maritime, R. S. 1889, 33.

2. Cass. civ., 3 janv. 1912, J. S., 1912, 122; D. 1912.1.500; *contra* : Nîmes, 5 mars 1917, Gaz. trib., 13 avril 1918 avec les observations critiques de M. Lyon-Caen.

La loi du 7 mars 1925, en instituant les sociétés à responsabilité limitée, a consacré la même solution que la loi du 1^{er} août 1893. En effet, l'article 3 de cette loi est ainsi conçu : « Quel que soit leur objet, les sociétés à responsabilité limitée sont commerciales et soumises aux lois et usages du commerce ¹. »

Ces deux lois ont provoqué une véritable crise pour les *sociétés civiles*. Leur *domaine* s'est réduit de beaucoup et leur place, entre les associations et les sociétés commerciales, est devenue plus étroite.

49. Il convient d'examiner de plus près la portée exacte de la loi du 1^{er} août 1893 qui exerça une très grande influence sur le domaine des sociétés civiles. Depuis cette loi, sont considérées comme *sociétés civiles* les sociétés ayant un *objet civil constituées sous une forme commerciale*, mais dont la *constitution est antérieure* à la mise en vigueur de cette loi. En effet, elle n'a pas d'effet rétroactif. Par conséquent, toutes les sociétés anonymes ayant un objet civil et constituées antérieurement à cette date restent des sociétés civiles, à condition qu'elles ne soient pas soumises expressément aux dispositions de la loi précitée ².

Telles étaient les sociétés d'*opérations immobilières* et les *sociétés de mines constituées au cours du XIX^e siècle* jusqu'à la loi du 9 septembre 1919 sur l'exploitation des mines qui a décidé que l'*exploitation d'une mine serait considérée comme un acte de commerce* et a appliqué cette disposition aux sociétés civiles existantes (art. 5) ³.

3. Trib. com. Seine, 19 nov. 1929, *G. P.*, 1930.1.211.

2. Trib. com. Marseille, 25 mars 1924, *Rec. Marseille*, 1925, 1, 372.

3. Néanmoins, sera considérée comme société civile la société constituée pour la recherche d'une mine, Marseille, 18 oct. 1888, *R. S.*, 1888, 211;

Sont considérées encore comme sociétés civiles, depuis la loi du 1^{er} août 1893, les sociétés ayant un *objet civil*, mais constituées sous la forme de sociétés en commandite simple, même si leur date de constitution est postérieure à cette loi ; de même, celles constituées sous la forme de sociétés en nom collectif.

Enfin sont civiles, les sociétés à objet civil, n'adoptant aucune des deux formes établies par la dite loi — en commandite ou anonyme — et qui divisent leur capital social en actions, mais à condition que la responsabilité d'un associé envers les créanciers sociaux ne soit pas réduite à une part inférieure à sa part virile. En effet, la Cour de cassation décide d'une manière constante que si une telle société limite la responsabilité de ses associés au montant de leurs actions, elle devient nécessairement commerciale, bien que son objet soit civil¹. Il en résulte, par conséquent, qu'une pareille société devra remplir, lors de sa constitution, les formalités

Paris, 30 nov. 1889, *R. S.*, 1890, 89. Mais les sociétés constituées pour l'exploitation d'une mine ou sa prise en location seront des sociétés commerciales, en vertu des lois des 9 sept. 1919, art. 5, et 31 juill. 1920 art. 18, qui ont commercialisé l'exploitation et la location des mines, minières et carrières. Ces opérations avant les dites lois avaient un caractère civil. Cons. la loi du 21 avril 1810, Cass., 1^{er} juill. 1878, *S.* 1878.1.414 ; 28 janv. 1884, *J. S.*, 1885, 328 ; Seine, 12 févr. 1890, *J. S.*, 1890, 190 ; Marseille, 13 août 1903, *J. S.*, 1904, 172 ; Poitiers, 28 f. vr. 1910, *J. S.*, 1910, 413 ; Civ., 13 juin 1904, *D.* 1905.1.25, note de M. Percerou ; *S.* 1906.1.385, note de M. Wahl. Cons. également : L. Josserand, *Cours de droit civil*, t. I, p. 691.

1. « Une société constituée sous la dénomination de société civile, en divisant son capital en parts nominatives, et dont les statuts spécifient que les associés ne sont tenus, sans solidarité entre eux, que jusqu'au montant de leurs parts et que, par suite, les engagements contractés par les administrateurs ne pourront, de convention expresse, être exécutés que sur les biens sociaux et jamais sur les biens personnels des associés, doit être considérée, à raison de la division du fonds social en actions, avec la limitation de la responsabilité des associés, comme une société commerciale. » Civ., 7 janv. 1908, *S.* 1910.1.313 et la note de M. Wahl ; *D.* 1908.1.126 ; Civ., 16 nov. 1910, *D.* 1911.1.321, note de M. Percerou ; *S.* 1911.1.300 ; Trib. civ. Perpignan, 13 avril 1927, *Gaz. trib.*, 27 déc. 1927 ; Trib. com. Seine, 28 mars 1930, *Gaz. trib.*, 10 juin 1930. Voir aussi Thaller et Percerou, *op. cit.*, p. 51 n° 761ter.

prescrites par la loi de 1867 pour la constitution des sociétés par actions, à peine de nullité.

50. En Belgique, la jurisprudence donne une prééminence incontestable au *critérium objectif*. Les tribunaux ont toujours été d'accord pour *maintenir le caractère civil des sociétés dont l'objet est civil*. L'adoption d'une forme commerciale ne peut pas changer la nature civile d'une société. La forme n'entraîne pas le fond¹.

La société civile, écrivait M. Thibaud dans les développements de la proposition devenue la loi du 14 juin 1926, « tout en jouissant des avantages du statut des sociétés commerciales dont elle emprunte la forme, ne perd pas son caractère civil et ne donne pas le caractère commercial à ses actes. Elle ne change pas quant au fond. Elle n'est pas assimilée au commerçant ; elle ne relève donc pas de la juridiction commerciale, et elle n'est pas passible de la déclaration de faillite. » Et plus loin, il ajoute : « La société civile à la forme commerciale, tout en ne changeant pas quant au fond, est soumise aux conditions que les lois coordonnées imposent aux sociétés commerciales dans l'intérêt des associés et des tiers pour la création et le fonctionnement. »

La loi du 14 juin 1926 a modifié l'alinéa 1^{er} de l'article 187 de la loi de 1886 qui est conçu comme suit : « Les sociétés dont l'objet est de nature civile peuvent, sans perdre ce caractère, emprunter les formes de sociétés

1. Cour d'appel Liège, *Rev. prat. soc.*, 1912, n° 2222 ; Bruxelles, 6 avril 1912, *Rev. prat. soc.*, 1912, n° 2252 ; trib. civ. Huy, 27 juill. 1922, *Rev. prat. soc.* 1924, n° 2535, et 1926, n° 2712. Voir aussi A. Nyssens et J. Corbiau, *op. cit.*, t. I, p. 290 et suiv., et H. Fredericq, *op. cit.*, 1930. Cons. également Liège, 7 avril 1897, Pas. 1897. 2.317, sur une société civile immobilière qui, en empruntant la forme de la commandite, ne perd pas son caractère et ne devient pas non plus nulle.

commerciales en se conformant aux dispositions du présent titre. » L'ancien article 187 de la loi de 1886 ne visait primitivement que les *sociétés civiles ayant pour objet l'exploitation des mines, minières et carrières*. La loi du 14 juin 1926 a étendu cette disposition à toutes les sociétés civiles. Et c'est sur ce point que la *législation belge diffère de la législation française*.

En effet, en France, la loi du 1^{er} août 1893, en donnant une certaine *prééminence au critérium formel*, s'oppose à l'esprit de la législation belge où domine le critérium objectif. Par le rétablissement du critérium formel, on a porté atteinte à la distinction des actes civils et des actes commerciaux qui est à *la base de l'existence du Code de commerce*.

Cette *tendance de commercialisation des sociétés civiles* par un critérium formel s'observe encore en Allemagne, où toute société par actions a le caractère commercial, même si l'objet de l'entreprise ne consiste pas dans l'exercice d'actes de commerce.

50 bis. De plus, la jurisprudence belge refuse de reconnaître le caractère commercial aux *sociétés constituées pour l'exploitation des mines*. En appliquant ce principe, il importe peu qu'une société ayant pour objet l'exploitation d'une mine fasse subir des *transformations aux minéraux extraits en les convertissant en autres sous-produits*¹. Néanmoins, si une société a pour objet principal l'industrie ou le commerce des charbons, la fabrication des cokes et, en général, toutes opérations de fabrication, d'achat ou de vente, son caractère est commercial².

1. Mons, 22 mars 1889, Pas. 1900.3.8.

2. Comm. Bruxelles, 22 déc. 1900, J. T., 1901, 505; R. S., 1901, 153.

Par conséquent, on peut conclure, d'une manière générale, qu'en Belgique, les sociétés dont l'objet est l'exploitation des mines, minières et carrières, deviennent commerciales, si elles font subir aux produits qu'elles extraient des transformations dans le but d'augmenter leurs bénéfices. En principe, les sociétés minières, qui sont des sociétés civiles, n'ont pas la personnalité juridique. Mais, lorsqu'elles se constituent sous forme de sociétés commerciales, quoique leur caractère reste civil, elles deviennent des personnes juridiques 2.

L'exploitation d'une mine, d'après la jurisprudence roumaine, constitue un acte civil et non pas un acte commercial. En effet, l'article 13 de la loi de 1885 sur les mines prévoit que l'exploration et l'exploitation des mines ne constituent pas des actes de commerce et que toutes les contestations survenues à l'occasion de ces actes seront réglées d'après les principes du droit commun. Il convient encore d'ajouter à ces dispositions que l'article 52 de la nouvelle loi de 1924 sur les mines considère les mines comme des immeubles et le droit d'exploitation comme un droit réel immobilier, par conséquent de nature civile, car les opérations sur des immeubles sont, par leur nature, de caractère civil. Il n'en est pas moins vrai que l'article 32 de la loi de 1924 déclare que les exploitations de mines ne peuvent être faites que par des sociétés anonymes, constituées conformément aux dispositions du Code de commerce. Mais ces sociétés à forme commerciale gardent leur caractère civil et l'article 236 du Code de commerce roumain

1. Comm. Bruxelles, 16 janv. 1904, *Jur. com.*, 1904, 200.

2. Liège, 25 juill. 1923, Pas. 1924.2.23.

déclare que de telles sociétés ne sont pas soumises aux règles du droit commercial en ce qui concerne la *faillite*. Par conséquent, les sociétés anonymes qui ont pour objet l'exploitation d'une mine, ayant le caractère civil, ne peuvent pas être déclarées en faillite¹.

§ 2. — INTÉRÊTS PRATIQUES DE LA DISTINCTION DES SOCIÉTÉS CIVILES ET DES SOCIÉTÉS COMMERCIALES

51. Aperçu général. — 52. Déconfiture, faillite et liquidation judiciaire des sociétés. — 53. La preuve par les registres des sociétés. — 54. La compétence en matière de sociétés. — 55. La responsabilité personnelle des associés. — 56. Conclusion.

51. Les *intérêts pratiques* qui se rattachent à la distinction des sociétés civiles et des sociétés commerciales sont nombreux et très importants. En effet, non seulement les sociétés civiles et commerciales diffèrent les unes des autres par leur *nature* et leurs *caractères*, mais encore elles sont régies par des *règles différentes concernant leur constitution et leur fonctionnement*.

En général, les sociétés civiles, qui, pendant longtemps, ne constituaient pas un être autonome distinct de la personne des associés, ne sont soumises à *aucune formalité lors de leur constitution*. Elles sont régies par le Code civil.

Au contraire, les sociétés commerciales autres que les associations en participation sont assujetties à de *nombreuses formalités* par les articles 55 et suivants de la loi du 24 juillet 1867. Ultérieurement, l'intervention de la

1. Cour d'appel de Bucarest, 22 mai 1929, *Cur. Jud.*, 7 juin 1931, pp. 315 et suiv., et la note critique de M. St-Jonescu. Pour le droit italien, cons. Bolaffio, *Commentario*, t. I, p. 17, note 3, où il commente un arrêt de la Cour de cassation de Rome du 19 janv. 1903.

loi du 1^{er} août 1893, qui a eu pour effet principal la *commercialisation*, en raison de la forme qu'elles adoptent, de nombreuses sociétés à objet civil, les a soumises implicitement à toutes les formalités édictées par la loi pour les sociétés commerciales.

En dehors de ces sociétés à forme commerciale et à objet civil, il faut encore faire une place à la *société à responsabilité limitée introduite par la loi du 7 mars 1925*, lorsqu'elle a un objet civil. La commercialisation d'une pareille société entraîne en principe les mêmes conséquences que pour une société à objet civil constituée sous forme commerciale.

52. Les sociétés commerciales ont toujours été considérées comme des *organismes indépendants* distincts de la personne des associés. Elles sont régies par le Code de commerce ou par loi du 7 mars 1925, qui proposent cinq modèles différents de formes et de constitutions. En vertu de l'article 3 de la loi du 4 mars 1889, elles sont passibles de la *faillite* ou de la *liquidation judiciaire*. Au contraire, lorsqu'une société civile est dans l'impossibilité d'exécuter ses obligations, elle est déclarée en *déconfiture*. En effet, le législateur français *n'a pas organisé l'insolvabilité des sociétés civiles* et ne l'a pas soumise aux règles de la faillite ou de la liquidation judiciaire, comme l'ont fait les législateurs allemand et suisse. Le législateur français n'a pas même réglé *l'insolvabilité civile en général*, en donnant une définition légale de la déconfiture. Il s'est contenté d'attacher certains effets — dans les articles 1276, 1446, 1613, 1865, 2003 et 2032 du Code civil — à cet état juridique.

Ces effets, qui découlent de l'esprit de ces articles, ont

été invoqués par la jurisprudence et ont été appliqués aux sociétés civiles par des motifs d'analogie.

53. Les *sociétés commerciales* sont obligées de tenir des registres en vertu des articles 8 et suivants du Code de commerce. Ces registres commerciaux ont *force probante en justice* conformément aux articles 12 et 13 du Code de commerce et 1329 et 1330 du Code civil. Les sociétés civiles ne sont pas assujetties à ces formalités. Néanmoins, si elles tiennent de pareils registres, ils peuvent servir en justice comme commencement de preuve par écrit, conformément aux dispositions de l'article 1331 du Code civil.

54. L'article 631 du Code de commerce ne concernant que les contestations entre associés, c'est aux *règles générales de compétence* qu'il y a lieu de se référer pour déterminer la juridiction compétente en matière de litige entre la société et les tiers. Le principe, cependant, est que les *sociétés commerciales* sont justiciables, pour leurs engagements sociaux, du *tribunal de commerce*, tandis que les sociétés civiles relèvent de la compétence du tribunal civil.

Les actions des créanciers sociaux contre les associés, en vertu de l'article 64 du Code de commerce, se prescrivent, pour la plupart des sociétés de commerce, par cinq ans à partir de la dissolution de la société. Les actions des créanciers contre une société civile se prescrivent ordinairement par trente ans.

55. Dans les *sociétés commerciales*, la responsabilité personnelle des associés n'est solidaire et indéfinie qu'au-

tant que leurs obligations ne sont pas limitées à leurs apports. En effet, dans les *sociétés en nom collectif*, les créanciers sociaux ont le droit de poursuivre les associés sur leur propre fortune indéfiniment et solidairement. Cette lourde responsabilité est trop pesante pour les associés. Aussi les lois commerciales ont-elles créé des sociétés où *l'associé limite sa responsabilité à sa mise*, c'est-à-dire sa part sociale. C'est le cas de la société en commandite par actions¹.

Dans les sociétés civiles où prévaut le système de l'obligation conjointe et fractionnée, *l'associé sera tenu envers les créanciers sociaux pour sa part virile et indéfiniment*, en vertu de l'article 1863 du Code civil.

56. Tels sont *les intérêts pratiques* les plus importants qu'on peut dégager en faisant une comparaison entre les sociétés civiles et les sociétés commerciales. Ils ont une très grande portée pratique qui résulte, d'une part, de la réglementation des sociétés civiles par les dispositions des articles du Code civil — dont la souplesse est plutôt *d'ordre théorique que pratique et qui conviennent mal*, pour la plupart, *au bon fonctionnement d'une société* — et, d'autre part, de l'organisation très détaillée et très adéquate des sociétés commerciales qui, par leur constitution et leur fonctionnement, répondent mieux aux exigences de la vie pratique.

1. Voir les art. 22, 23 et 38 du C. com. Voir aussi Thaller et Percerou, *op. cit.*, p. 191, n° 250-1; Lyon-Caen et Renault, *Traité de droit commercial*, 2 vol., 4^e édit., n° 89 et 90.

Section II. — Société de personnes et sociétés de capitaux.

§ 1. *Les sociétés de personnes.* — § 2. *Les sociétés de capitaux.*

§ 3. *La société à responsabilité limitée.*

§ 1. — SOCIÉTÉS DE PERSONNES

57. Généralités. — 58. *L'intuitus personae*. — 59. Conséquences générales. — 60. Caractères de la société en nom collectif. — 61. Sa réglementation en droit comparé. — 62. Les traits principaux de la société en commandite simple. — 63. Ses caractères en droit comparé. — 63bis. L'association en participation et la société tacite du droit allemand.

57. On fait une deuxième distinction, d'après la *constitution des sociétés*, en *sociétés de personnes* et *sociétés de capitaux*.

Les *sociétés de personnes* ont ceci de caractéristique que les adhérents, en s'associant, ont eu réciproquement *confiance* les uns dans les autres. Elles sont donc fondées sur *l'intuitus personæ* et on les appelle souvent *sociétés par intérêts*. « L'intérêt, c'est le droit de l'associé quand la considération de la personne a été de la part du contractant l'élément déterminant de leur accord ; l'action, c'est le droit de l'associé quand la considération de la personne est restée étrangère à la formation du contrat¹. » Par conséquent, les sociétés de personnes ont *l'intuitus personæ* comme fondement de leur existence, tandis que les sociétés de capitaux sont basées sur *l'intuitus pecuniæ*.

58. L'élément de *l'intuitus personæ* est particulier aux actes à titre gratuit. Il peut se rencontrer, néanmoins,

1. Ch. Beudant, Réponse à Batbie, *Rev. crit.*, 1869, p. 403.

dans les actes à titre onéreux. D'ailleurs, la théorie de l'erreur sur la personne, telle qu'elle ressort de l'article 1110 du Code civil, n'en est, en dernière analyse, qu'une simple application. En effet, l'*intuitus personæ* n'est que « la considération de la personne du cocontractant, de son identité, de ses qualités de façon très générale, quand on s'associe pour former une société. C'est donc un facteur d'ordre psychologique, un élément intentionnel capital qui détermine l'individu à contracter¹. » L'article 1859 du Code civil, en déterminant les droits des associés, n'a fait d'ailleurs que traduire, en pratique, la présomption de volonté de chaque associé reposant sur l'*intuitus personæ*.

59. Les conséquences qui découlent du caractère d'*intuitus personæ* des sociétés de personnes sont nombreuses. Il en résultera notamment, conformément à l'alinéa 3 de l'article 1865 du Code civil, l'*intransmissibilité* par décès de la part ou intérêt d'associé dans la société. La société sera *dissoute* dans ce cas, à moins d'une clause spéciale. Non seulement l'intérêt n'est pas transmissible par décès, mais encore il est, en principe, *incessible* entre vifs. Toujours du caractère de l'*intuitus personæ* dérive la règle de principe que les associés répondent des obligations sociales sur leur *patrimoine propre* ; exception est faite cependant pour les associés commanditaires d'une société en commandite simple qui n'encourent aucune responsabilité sur leur patrimoine propre.

1. Camerlynck, *De l'intuitus personae dans les sociétés anonymes*, thèse, 1929, pp. 7 et 8.

Quant à leur objet, les *sociétés de personnes* sont soit des *sociétés civiles*, soit des *sociétés commerciales*. En principe, les sociétés civiles sont des sociétés de personnes par excellence ; l'élément de l'*intuitus personæ* est le fondement de leur existence. Les sociétés commerciales en nom collectif et en commandite simple appartiennent aussi au groupe des sociétés de personnes.

60. La *société en nom collectif* se caractérise par la *responsabilité solidaire et illimitée de tous les associés*, qui est la conséquence directe du caractère d'*intuitus personæ*. Cette société a une *raison sociale* au nom de qui les engagements sont contractés et qui comprend soit le nom de certains associés, soit le nom de tous les associés. « Elle existe en germe dans la société romaine. Mais, pour devenir société en nom collectif, la société romaine a dû subir une importante transformation. La division des dettes entre les associés a été remplacée par la solidarité ¹. » C'est pendant le moyen âge qu'elle s'est *perfectionnée et est devenue très fréquente*. Aujourd'hui encore, on trouve un grand nombre de pareilles sociétés, car la *responsabilité solidaire et illimitée des associés donne une grande confiance aux tiers* et leur permet d'avoir le crédit qui leur est nécessaire pour leur assurer une existence et un fonctionnement solides.

61. Dans les grandes lignes, la société en nom collectif a les mêmes *traits caractéristiques en droit comparé qu'en droit français*. Si l'on écarte les législations latines, qui sont très voisines de la législation française, on voit

1. E. Thaller et J. Percerou, *op. cit.*, p. 193, n° 257.

que les *législations germaniques* s'approchent, elles aussi, de la législation française sur ce point. Ainsi le Code de commerce allemand mis en vigueur en 1900 définit comme suit la société en nom collectif, dans l'alinéa 1 de l'article 105 : « Toute société dont l'objet est l'exploitation d'un commerce sous une raison sociale est dite en nom collectif lorsque la responsabilité d'aucun des associés n'est limitée vis-à-vis des créanciers. » Elle est appelée en allemand *Offene Gesellschaft*, ce qui se traduit littéralement par société à responsabilité illimitée.

Cette société, *en droit allemand*, malgré son autonomie et l'emploi d'une raison sociale, n'a pas le caractère d'une *personne morale*. En général, elle peut se constituer sans aucune formalité. Il y a cependant des cas où il est nécessaire d'employer la forme judiciaire ou notariée. Ainsi, la loi 11 introductive du Code civil allemand soumet la forme des actes juridiques aux prescriptions des lois spéciales qui les régissent. De plus, lorsqu'il s'agit d'un *apport en propriété*, les dispositions de l'article 313 du Code civil allemand : « Un contrat par lequel l'une des parties s'oblige à transférer la propriété existant sur un fonds requiert constatation authentique sous forme judiciaire ou notariée », doivent être observées. Par conséquent, lorsqu'il s'agit d'un apport immobilier, ces prescriptions seront obligatoires. L'article 125 du Code civil allemand les requiert, à peine de nullité : « Un acte juridique auquel fait défaut la forme prescrite par la loi est nul... »

La *société en nom collectif* est, en principe, transcrite sur le registre de commerce, mais, en dépit de ce principe, elle existe dès le premier jour de son fonctionne-

ment. La disposition du second alinéa de l'article 105 du Code de commerce allemand : « Les dispositions du Code civil sur les sociétés s'appliquent aux sociétés de commerce, à moins que la présente section n'édicte d'autres prescriptions » fait considérer les articles 705 à 740 du Code civil allemand comme *complémentaires de la législation commerciale*. Cette dernière disposition est étrangère à la législation suisse dont le Code fédéral des obligations ne fait aucune distinction entre les sociétés civiles et commerciales.

Le Code de commerce autrichien introduit par la loi du 17 décembre 1862, articles 85 à 149, et le Code de commerce hongrois, dit la loi XXXVII de 1875, ratifiée le 16 mai 1875, promulguée à la Chambre des députés le 18 mai 1875 et à la Chambre des magnats le 19 mai 1875, dans les articles 64 à 124, *donnent les mêmes traits à la société en nom collectif que les Codes de commerce français et allemand*¹.

62. La *société en commandite simple ou par intérêts* est la deuxième société commerciale faisant partie du groupe des sociétés de personnes. Les traits qui la caractérisent diffèrent beaucoup de ceux de la société en nom collectif. En effet, au point de vue de leur responsabilité, les associés sont divisés en deux catégories : d'une part, il y a les *commandités ou complémentaires qui sont indéfiniment responsables du passif social* et qui ont le droit d'administrer la société ; seuls, leurs noms forment la raison sociale ; d'autre part, les *commanditaires ou bail-*

1. F. Nagy, *A magyar kereskedelmijog kézikönyve*, 7^e édit., 2 vol., Budapest, 1909.

leurs de fonds qui ont la responsabilité limitée à leurs apports sont exclus de l'administration de la société et dont les noms ne peuvent faire partie de la raison sociale.

« La commandite est issue du *contrat de commande* au moyen âge. Les capitalistes y trouvèrent un utile débouché, notamment les nobles qui, par devoir de classe, ne pouvaient exercer le commerce ouvertement. Ils confiaient une valeur à un marchand, une pacotille à un capitaine qui partait pour trafiquer dans un pays éloigné. Ils entraient avec ce marchand en participation : on convenait qu'ils concouraient aux pertes seulement pour le capital engagé et que ce n'est pas en leur nom que les affaires seraient traitées¹. »

L'Eglise, en prohibant le prêt à intérêt, a fait que *les capitaux se tournent vers la commandite*. Par suite de ces circonstances extrêmement favorables pour la commandite, elle a reçu un grand essor et, sous l'impulsion de nécessités pratiques, elle a subi de nombreux changements tendant à la perfection de son fonctionnement.

Telle qu'elle est aujourd'hui, elle constitue une organisation « de production la mieux équilibrée et la plus morale² ».

63. Ce que nous avons constaté, en droit comparé, en examinant les sociétés en nom collectif, s'impose à notre analyse à propos des sociétés en commandite simple. En effet, sa *nature juridique* et ses *modes de fonctionnement* correspondent, dans l'ensemble, aux traits de la législation française.

1. E. Thaller et J. Percerou, *op. cit.*, p. 195, n° 260.

2. Cons. sur l'histoire de la commandite, Saleilles, *Annales de droit commercial*, 1895 et 1897.

Ainsi le Code de commerce autrichien de 1862, dans l'article 150, définit cette société comme suit : « Il y a commandite lorsque, dans une maison de commerce exploitée sous une raison commune, l'un ou plusieurs associés ne sont intéressés qu'en raison de leurs apports (commanditaires), tandis que la participation d'un ou plusieurs associés (commandités, associés personnellement responsables) n'est point restreinte dans ces conditions. »

La définition donnée par l'article 125 du Code de commerce hongrois de 1875 à la société en commandite est la même.

Aucun écrit n'est nécessaire à la validité de cette société. C'est dire que, pour l'existence du contrat de société en commandite, il n'est besoin d'accomplir *aucune formalité*. Lorsqu'il s'agit de la responsabilité personnelle de plusieurs associés, la société sera considérée par rapport à ceux-ci comme une société en nom collectif, c'est-à-dire comme une société à responsabilité illimitée.

Nous nous bornerons à ces constatations générales, puisque la société en commandite simple trouve la même réglementation à peu près dans toutes les législations commerciales inspirées directement ou indirectement par la législation française ¹.

63 bis. On peut ajouter encore à cette catégorie de sociétés l'*association en participation* réglementée par les articles 47 à 50 nouveaux du Code de commerce français, modifiés par la loi du 24 juin 1921 ². Bien que la loi

1. Nyssens et Corbiau, *op. cit.*, t. I. C. Vivante, *op. cit.*, t. II, *Società commerciali*. Fredericq, *op. cit.*

2. V. Commentaire de cette loi, *J. S.*, 1922, 5 et suiv.

emploie le mot *association*, il est certain qu'il s'agit non pas d'une association véritable régie par la loi du 1^{er} juillet 1901, mais d'une sorte de société constituée en vue de la réalisation et du partage des bénéfices (art. 49 du Code de commerce). Elle a le caractère *intuitus personnae* et est étrangère à l'élément *intuitus pecuniae*, qui est inhérent aux sociétés de capitaux. Son existence ne se révèle pas aux tiers, elle est *occulte* pour ceux-ci, ce qui revient à dire qu'*elle n'existe qu'entre les associés*. Seul, l'associé qui agit est responsable des obligations contractées.

Pour sa constitution, il n'y a pas besoin d'acte écrit ni d'autre formalité. Comme elle ne constitue pas un être moral distinct de la personne des participants, *elle n'a pas un capital social qui lui soit propre*. Les participants restent propriétaires de leurs apports. La société en participation se constitue entre eux pour la répartition des bénéfices qui pourront résulter de l'entreprise, ce qui entraîne la contribution aux pertes lorsque l'entreprise en subit. L'article 49 du Code de commerce prohibe l'émission de titres *cessibles ou négociables* au profit des participants¹.

Les Codes de commerce allemand et autrichien réglementent encore un autre type de société : *la société tacite*. La plupart des législations commerciales traitent des associations en participation qui, autrefois, se trouvaient réunies dans le Code de commerce allemand sous le titre de sociétés tacites. L'article 335 du Code de commerce allemand les définit comme suit : « Qui-conque, au moyen d'une mise de fonds, s'intéresse en

1. Voir aussi, n° 38.

qualité d'associé tacite à un commerce exercé par un tiers, doit effectuer son apport de telle sorte que cet apport entre dans le patrimoine de ce dernier. Le propriétaire du fonds de commerce, seul, acquiert des droits et contracte des obligations du fait de son exploitation commerciale. »

L'article 250 du Code de commerce autrichien ajoute dans son 2^e alinéa : « Une société de ce genre se trouve constituée sans qu'il soit besoin d'un écrit ou tout autre formalité. »

Cette société présente quelques *ressemblances avec la société en participation* ; néanmoins, elle en diffère. En effet, dans une *société tacite*, l'associé doit faire son apport de telle sorte qu'il entre dans le patrimoine de celui qui exerce le commerce. Dans une *société en participation*, en principe, les participants gardent la propriété de leurs apports, ce qui est, probablement, le motif qui a déterminé le législateur à l'appeler association.

§ 2. — LES SOCIÉTÉS DE CAPITAUX

64. L'élément *intuitus pecuniae*. — 65. Caractères et conséquences. — 66. Sociétés civiles de capitaux. — 67. La société en commandite par actions. — 68. La société anonyme. — 69. Les sociétés par actions en droit allemand, autrichien et hongrois. — 70. Types spéciaux de sociétés. — 71. Différentes espèces de sociétés en droit comparé.

64. Le caractère *intuitus personæ* est exclu dans les sociétés de capitaux. Les fondateurs de pareilles sociétés ont en vue le capital social à réunir et non pas la personne des associés. L'*intuitus personæ* est remplacé par l'*intuitus pecuniae*. Font partie de cette catégorie toutes les sociétés par actions soit civiles, soit commerciales. Les sociétés commerciales faisant partie de cette

catégorie sont la *société en commandite par actions* et les *sociétés anonymes*. Ce qui justifie la substitution de l'*intuitus pecuniæ* à l'*intuitus personæ* c'est la nécessité de concentration des capitaux, assurant la *durée* et la *stabilité* de l'entreprise, ainsi que le *renforcement* de son crédit.

65. Dans les sociétés de capitaux, la part sociale est appelée *action*. Elle est *cessible* et *négociable*. Par conséquent, un associé peut transmettre à ses héritiers son droit dans la société ; il peut le céder à un tiers. La société de capitaux, étant fondée sur l'*intuitus pecuniae*, continuera à exister malgré le décès d'un des associés.

La loi du 24 juillet 1867 a organisé la responsabilité limitée des actionnaires de la société anonyme. Ils ne seront tenus des dettes sociales que dans la mesure de leurs apports. A cause de la limitation de la responsabilité, ces sociétés sont encore appelées *sociétés à responsabilité limitée*.

Cependant, le caractère de l'*intuitus pecuniae* n'est pas absolu dans les sociétés de capitaux. On entend par *intuitus pecuniae* le fait que les décisions des assemblées générales, dans ces sociétés de capitaux, sont prises à la *majorité du capital social*, c'est-à-dire des actions, et non pas des associés. Toutefois, en pratique, les statuts apportent des dérogations à ce principe, en limitant le nombre des voix d'un associé actionnaire, et en reconnaissant parfois, à certains actionnaires, à raison de leurs qualités personnelles, une prépondérance dans la gestion. Et, ici, réapparaît le caractère de l'*intuitus personæ*. Il convient donc de ne pas attacher à l'*intuitus pecuniae* toutes les conséquences qui peuvent en résulter, car, en

réalité, les sociétés de capitaux sont très souvent imprégnées de l'élément *intuitus personæ* ¹.

66. Les sociétés civiles qui divisent leur capital en actions et limitent la *responsabilité des associés au montant de leurs actions* deviennent nécessairement des *sociétés commerciales*, malgré leur objet de caractère civil ². De telles sociétés civiles se constituent sous la forme de sociétés de capitaux en divisant leur capital social en actions, à cause de l'utilité que présentent ces dernières par rapport aux sociétés constituées *intuitus personæ*. Elles deviennent de véritables sociétés de capitaux, en excluant, en principe, les qualités individuelles des associés et en fondant leur existence et leur mode de fonctionnement sur l'importance de la totalité des mises formant le capital social. A cause des avantages pratiques, les sociétés de capitaux à objet civil sont devenues nombreuses.

67. Les sociétés commerciales appartenant au groupe des sociétés de capitaux sont la *société en commandite par actions* et la *société anonyme*. D'autres types de sociétés de capitaux sont régis par des lois spéciales qui soumettent leur constitution et leur fonctionnement à un régime particulier. Telles sont les différentes *sociétés d'assurances* et les types spéciaux de *sociétés coopératives*.

La *société en commandite par actions* a les mêmes traits caractéristiques qu'une société en commandite simple, avec cette particularité que la part de chaque

1. Camerlynck, *op. cit.*, pp. 175 et suiv.

2. Voir la note du n° 49.

commanditaire *n'est pas une part d'intérêt*, mais une *action*. L'associé commanditaire aura le droit de négocier l'action ; ce droit est exclu dans la société en commandite simple.

Toujours du caractère *intuitus pecuniae* dérivera la possibilité de continuation de plein droit de la société avec les héritiers d'un associé commanditaire. Quant aux *associés commandités*, rien n'est changé dans leur situation juridique. Tout se passe comme dans une société en commandite simple. Ils peuvent devenir administrateurs — leurs parts sont des intérêts —, leurs noms entrent dans la raison sociale, et, enfin, ils sont tenus sur tous leurs biens des dettes sociales.

68. La *société anonyme* diffère radicalement de la société en commandite par actions. Son *caractère*, sa *constitution* et son *fonctionnement* sont autant de points qui tracent une ligne de démarcation entre ces sociétés de capitaux.

Une société anonyme représente, par excellence, un total de *capitaux réunis*. La société en commandite par actions a pour but de réunir capitaux et industrie pour son fonctionnement. Au contraire, la société anonyme réunit, en associant les capitaux entre eux, des innombrables associés dont la responsabilité est éliminée. Le capital social qui forme le patrimoine de la société anonyme et son administration sont confiés à des mandataires ordinaires. La société anonyme est une « société *composée exclusivement d'associés tenus jusqu'à concurrence de leur apport, dont les parts sont représentées par des actions négociables*, et qui désignent périodiquement des administrateurs responsables seulement de leurs fautes,

mais à cela près non responsables du passif social sur leurs biens. Cette société, n'ayant pas d'associé solidairement et indéfiniment tenu, manque de raison sociale¹. » A cause des avantages pratiques qui en résultent, c'est la société la plus répandue, car elle correspond le mieux aux exigences de la vie commerciale moderne.

En ce qui concerne l'origine des sociétés par actions, les opinions des auteurs sont divisées. On croit généralement qu'elles descendent du droit romain des *sociétés de publicains* qui avaient le droit d'émettre des parts cessibles. Ces sociétés se sont développées à la fin du moyen âge lorsque le commerce a pris un grand essor².

69. L'enchevêtrement des *dispositions législatives germaniques* concernant les sociétés de capitaux et spécialement les sociétés par actions, ne permettent pas de dégager des concordances précises avec la législation française en particulier et en général avec les législations latines. Cependant, les dispositions relatives à leurs caractères s'approchent sensiblement de celles du Code de commerce français. Ainsi, l'article 178 du Code de commerce allemand, qui traite des sociétés anonymes, ne leur donne aucune définition et dégage seulement leurs caractères : « Tous les membres d'une société anonyme participent à la dite société par des apports de capital divisé en actions. Ils ne sont pas tenus personnellement des obligations sociales. » Elle constitue une personne morale distincte de la personne des associés et est soumise, quant à sa constitution, à des formalités édictées par les lois commerciales.

1. E. Thaller et J. Percerou, *op. cit.*, p. 197, n° 263.

2. Cons. Thaller, Les sociétés par actions dans l'ancienne France, *Annales de droit commercial*, 1901, p. 185.

Les dispositions du Code de commerce allemand sur les sociétés en commandite par actions sont calquées sur celles qui régissent les *sociétés anonymes*.

Les articles 207 à 249 du Code de commerce autrichien déterminent les règles concernant les sociétés par actions. D'après ces dispositions, il y a « société par actions lorsque tous les associés n'y participent que par leurs apports sans être tenus personnellement des obligations de la société ». Le capital social de la société par actions doit être *divisé en actions* ou en *parts d'actions* qui peuvent être libellées nominativement ou au porteur, mais qui sont indivisibles (art. 207).

Le *Code de commerce hongrois* dans son article 147 définit d'une manière plus précise la société anonyme : « Est considéré comme société anonyme une société fondée avec un capital fixe dont le chiffre est établi d'avance et divisé en un nombre déterminé d'actions de même valeur (actions entières ou parts d'actions) et dans laquelle les propriétaires des actions ne sont pas responsables que jusqu'à concurrence du montant de celles-ci. » Elle est réglementée d'une manière très précise par les dispositions du Code de commerce hongrois qui la rapprochent sensiblement des caractères de la société anonyme du droit français ¹.

70. Il convient d'ajouter à ce groupe de sociétés de capitaux les *sociétés d'assurances* en général dont s'occupe la loi de 1867 dans son V^e titre. Ce sont des sociétés qui peuvent se constituer librement, mais outre les dis-

1. Klupathy Antal, *A magyar Kereskedelmi jog kézikönyve*, 4^e édit., 2 vol., Budapest, 1906; Grecksak Karoly, *A kereskedelmi törvény Zsebkönyve*, Budapest, 1909.

positions de la loi de 1867, elles doivent observer les règles du décret du 8 mars 1922¹. Ce décret a élargi le cadre de ces sociétés, en les adaptant à des *conditions économiques plus modernes*. Il s'occupe des *sociétés mutuelles* et à primes fixes dont il détermine les obligations communes.

Pour les *tontines* et les *sociétés d'assurances sur la vie, mutuelles* ou à *primes*, l'autorisation gouvernementale a été supprimée par la loi du 17 mars 1905. Cette loi exige, cependant, que ces sociétés soient enregistrées au Ministère du travail avant de pouvoir commencer à fonctionner, et elles sont soumises au contrôle de ce ministère.

Un régime analogue a été appliqué aux sociétés de capitalisation par la loi du 19 décembre 1907, modifiée par les lois des 31 juillet 1917 et 21 mai 1921, et aux sociétés d'épargne par la loi du 3 juillet 1813, modifiée également par la loi du 31 juillet 1917.

Il y a encore toute une série de types spéciaux de sociétés qui se rattachent à l'idée de *coopération*. Ainsi les *sociétés* ou *caisses de crédit agricole* régies aujourd'hui par les lois des 5 août 1920 et 12 juillet 1923, les *sociétés de crédit maritime* dont les lois des 4 décembre 1913 et 30 décembre 1925 constituent la charte, les *sociétés de construction d'habitations à bon marché* et de *crédit immobilier*, régies par la loi du 5 décembre 1922, les *sociétés de caution mutuelle*, les *banques populaires* et de *crédit hôtelier*, dont les lois des 13 mars 1917 et 30 juin 1923 règlent le fonctionnement, les *sociétés anonymes à participation ouvrière* régies par la loi du 26 avril 1917,

1. *J. off.*, 15 mars 1922; Bosvieux, Le nouveau régime des sociétés d'assurances, *J. S.*, 1923, p. 145, 209.

les *coopératives de consommation, d'artisans, agricoles et maritimes* régies par les lois des 7 mai 1917 et 18 décembre 1915, sont des sociétés dont l'existence ne peut s'expliquer que par une *tendance de coopération et d'esprit d'association* et dont l'énumération complète sortirait des cadres de notre étude.

71. Cette progression de l'*esprit d'association* se manifeste par la création d'une multitude de sociétés de différents types en droit comparé. Nous nous bornerons à citer, à titre de documentation, les législations allemande et hongroise.

Dans cet ordre d'idées, il convient de noter, en Allemagne, la loi du 1^{er} mai 1889 sur les *sociétés coopératives* qui a été modifiée par la loi du 12 août 1896 ainsi que par la loi relative à l'introduction du Code de commerce du 10 mai 1897. Il faut ajouter encore l'ordonnance du 24 mars 1920 sur les *entreprises déclarées d'utilité publique* et sur les *coopératives inscrites*, la loi du 25 mai 1920 qui est un stimulant à l'existence des sociétés coopératives de crédit en cherchant à empêcher leur dissolution et la loi du 12 mai 1923 sur les sociétés coopératives.

D'après la loi du 1^{er} mai 1889, article 1, alinéa 1, les sociétés coopératives « ont pour objet de favoriser l'industrie ou l'économie de leurs membres au moyen d'une entreprise commune ». Font partie de ce groupe de sociétés notamment les *sociétés de prêt et de crédit*, les *sociétés de matières premières*, les *sociétés pour la vente en commun de produits agricoles ou industriels*, les *sociétés pour l'achat en commun et en gros et la vente en détail* d'objets servant aux besoins de la vie et de l'économie, les *sociétés pour l'acquisition et l'usage* pour le

compte commun d'objets servant à l'*exploitation agricole* ou *industrielle*, les *sociétés* pour la *construction d'habitations*. La loi du 12 mai 1923 permet de s'associer à des sociétés ou autres associations de personnes, y compris les *corporations de droit public* si cette association doit servir à l'avantage économique des membres et à un but d'intérêt public sans qu'il soit le but unique ou principal de la société¹.

Le Code de commerce hongrois appelé la loi XXXVII de 1875 dans son XI^e titre régit les sociétés coopératives ou les soi-disantes associations (*szövetkezetek*). L'article 223 définit la société coopérative comme suit : « Est considérée comme société coopérative, au sens du présent Code, une société composée d'un nombre indéfini de membres, qui se constitue dans le but de développer le crédit (*hitel*), la production ou la consommation de ses membres par l'exploitation commune des affaires, ou sur le *principe de mutualité*. En font partie notamment : les *sociétés d'avances* et de *crédit*, les *sociétés fondées pour l'acquisition en commun de matières premières*, pour la gestion de *magasins communs* ou pour la *production commune*; les *sociétés de consommation* (*économats*), les *sociétés de construction d'habitations*, les *sociétés d'assurances mutuelles*. »

La loi XXIII de 1898, qui a les caractères d'un *Code coopératif*, a pour but de fonder la société *coopérative centrale de crédit* et pose les diverses conditions dont l'accomplissement est indispensable pour qu'une société coopérative soit admise au *consortium de la centrale*. Notons, à ce sujet, que le *mouvement coopératif* a pris

1. Cons. *Annales de législation étrangère des années respectives*.

un grand essor en Hongrie, qui se traduit, en pratique, par un nombre considérable de sociétés coopératives¹.

§ 3. LA SOCIÉTÉ A RESPONSABILITÉ LIMITÉE

72. Généralités. — 73. Caractères. — 74. Nécessité d'une meilleure réglementation des sociétés de capitaux.

72. Entre le groupe des sociétés de personnes et celui des sociétés de capitaux, il existe une catégorie intermédiaire de sociétés, qui participe à la fois de l'un et de l'autre. Ces sociétés s'appellent *sociétés à responsabilité limitée* et ont été introduites en France par la loi du 7 mars 1925. Elles correspondent aux *Gesellschaften mit beschränkter Haftung* du droit allemand et au *private company* du droit anglais. Ce type nouveau de sociétés présente à la fois les avantages pratiques des sociétés de personnes et des sociétés de capitaux, et elles peuvent être constituées pour un objet quelconque, à l'exception des *sociétés d'assurance, de capitalisation et d'épargne* qui ne peuvent adopter cette forme. Depuis le vote de la loi de 1925, de très nombreuses sociétés à responsabilité limitée se sont formées.

En effet, avant cette date, la législation française ne connaissait comme sociétés à responsabilité limitée que les sociétés anonymes dont la constitution entraînait de nombreuses et coûteuses formalités, et qui ont l'inconvénient de ne pouvoir se former avec un nombre inférieur à sept actionnaires. Au contraire, d'autres législations, notamment les *législations allemande et anglaise*, permettaient la constitution de sociétés dans lesquelles

1. Klupathy Antal, *op. cit.* Voir : Les sociétés coopératives.

la responsabilité des associés *était limitée* mais qui revêtaient cependant les caractères de sociétés de personnes par la défense de la négociation et de la cession des parts sociales.

73. Les sociétés à responsabilité limitée constituées pour un objet quelconque sont commerciales et par conséquent soumises aux lois et usages du commerce. Elles peuvent être constatées par acte notarié ou par acte sous seings privés. Le nombre des associés n'est pas limité. Que les associés soient de simples associés ou remplissent les fonctions de gérants, ils ne sont tenus des obligations sociales que jusqu'à concurrence de leurs apports respectifs. La limitation de la responsabilité à leurs mises rapproche sensiblement ces sociétés des sociétés anonymes. Seulement les parts sociales, déclare l'article 21 de la loi du 7 mars 1925, ne peuvent être représentées par des *titres négociables, nominatifs*, au porteur ou à ordre. Leur cession, ajoute l'article 22 de la dite loi, ne peut être faite qu'avec le *consentement de la majorité des associés représentant au moins les trois quarts du capital social*. Ces dispositions font réapparaître le caractère d'*intuitus personæ* inhérent aux sociétés de personnes, à côté du caractère *intuitus pecuniæ* qui dérive de la limitation de la responsabilité des associés. Ce double caractère, qui présente d'ailleurs de nombreux avantages pratiques, fait des sociétés à responsabilité limitée une *catégorie à part* dans la législation française des sociétés.

74. En terminant cet aperçu général sur les sociétés de capitaux, nous pouvons constater que le problème de

leur réglementation parfaite est à l'ordre du jour. Par la *concentration de capitaux énormes* et par l'*émission de titres cessibles et négociables*, ces sociétés renforcent l'*esprit de spéculation* qui parfois a des conséquences fâcheuses. « Il faut toujours craindre un entraînement irréfléchi du public qu'exploitent les lanceurs d'affaires. Ce qui est plus problématique, c'est de savoir s'il dépend d'une loi bien faite d'empêcher ou de réprimer ces abus. Ils paraissent tenir plutôt à la faiblesse de la nature humaine et à la convoitise dont témoignent à la fois ceux qui fondent une affaire et ceux qui y mettent leur argent ¹. »

Néanmoins, une réforme législative — fixant d'une *manière précise et parfaite leur constitution et leur fonctionnement* paraît fort utile dans l'intérêt même du développement de l'industrie et du commerce — aurait pour conséquence la rationalisation de la vie économique en général ².

Section III. — Sociétés universelles et sociétés particulières.

§ 1. *Sociétés universelles*. — § 2. *Sociétés particulières*.

§ 1. — SOCIÉTÉS UNIVERSELLES

75. Généralités. — 76. Classification en sociétés universelles de tous biens présents et sociétés universelles de gains.

75. Le troisième grand groupe de sociétés comprend les sociétés divisées au point de vue de leur *étendue*. En

1. E. Thaller et J. Percerou, *op. cit.*, p. 202, n° 273.

2. Cons. Maurice Colin, *Des mesures à prendre pour défendre l'épargne dans les sociétés par actions*, 1911; René Nouel, *Les sociétés par actions, la réforme*, 1911; Julliot de la Morandière, *Annales de droit commercial*, 1911, pp. 380 et suiv.

effet, l'étendue de leur domaine d'application peut être plus ou moins restreinte suivant le nombre des biens personnels des associés qui entrent dans la société. Et dans ce sens, les sociétés peuvent être divisées en *sociétés universelles* et *sociétés particulières*. Les sociétés universelles étaient très fréquentes dans l'ancien droit français sous le nom de *sociétés taisibles*. Elles constituaient pour les serfs un moyen d'échapper à l'incapacité de transmettre leurs biens à cause de mort, c'est-à-dire ce que l'on appelait *mainmorte*. Aujourd'hui, elles ne sont plus en harmonie avec les mœurs et n'ont que de très rares applications. En effet, elles supposent une communauté de vie qui ne peut se concevoir qu'entre époux mariés sous le régime matrimonial de la communauté de biens. D'ailleurs, l'article 1526 du Code civil l'exprime nettement : « Les époux peuvent établir par leur contrat de mariage une communauté universelle de leurs biens tant meubles qu'immeubles, présents et à venir, ou de leurs biens présents, ou de tous leurs biens à venir seulement. » Seulement, une telle communauté est soumise à un régime qui a des règles bien différentes de celles des sociétés ordinaires; les époux, d'après une jurisprudence constante, ne pouvant s'associer, il ne leur reste qu'à se soumettre aux dispositions édictées par le régime matrimonial.

76. Les sociétés universelles se divisent en deux classes : *sociétés universelles de tous biens présents* et *sociétés universelles de gains*. La société universelle de tous biens présents est celle « par laquelle les parties mettent en commun tous les biens meubles et immeubles qu'elles possèdent actuellement, et les profits qu'el-

les pourront en tirer. Elles peuvent aussi y comprendre toute autre espèce de gains ; mais les biens qui pourraient leur advenir par succession, donation ou legs n'entrent dans cette société que pour la jouissance : toute stipulation tendant à y faire entrer la propriété de ces biens est prohibée sauf entre époux, et conformément à ce qui est réglé à leur égard » (article 1837 du Code civil) .

Au contraire, la *société universelle de gains* « renferme tout ce que les parties acquerront par leur industrie, à quelque titre que ce soit, pendant le cours de la société ; les meubles que chacun des associés possède au temps du contrat y sont aussi compris ; mais leurs immeubles personnels n'y entrent que pour la jouissance seulement ».

Dans la vie pratique, ces sociétés qui rentrent dans la catégorie des *sociétés de personnes* sont d'application rare, à cause de leur caractère insuffisant et archaïque qui ne s'adapte plus à l'état social et économique des temps modernes.

§ 2. — SOCIÉTÉS PARTICULIÈRES

77. Règles générales et définition de la société particulière.

77. Les *sociétés particulières* sont plus fréquentes que les sociétés universelles. La société particulière est le type spécial de société civile dont les règles, le carac-

1. Le Code civil autrichien de 1811 qui fut très largement révisé le 1^{er} janvier 1917 dans l'art. 1180 en fixant les règles des sociétés universelles, exprime la même disposition que l'art. 1837 du C. civ. français : « Le contrat relatif à la communauté (société) de toute la fortune tant présente qu'à venir, lorsqu'il est conclu entre époux, ce qui est le cas le plus ordinaire, doit être apprécié suivant les dispositions contenues à ce sujet dans le chapitre des pactes matrimoniaux. »

tère et le fonctionnement forment le droit commun en matière de sociétés. Il est vrai que les dispositions contenues à cet égard dans le Code civil ont un caractère plutôt théorique que pratique. La jurisprudence prétorienne a comblé sensiblement par des dispositions de principe les lacunes de la réglementation législative des sociétés civiles, en se fondant sur les exigences de la vie pratique. Ces dispositions étant empruntées au droit romain ne répondent plus au fonctionnement des sociétés actuelles. Aussi comprend-on l'intervention jurisprudentielle pour *suppléer* ou *corriger la réglementation des sociétés civiles*.

La société particulière est définie par les articles 1841 et 1842 du Code civil : « la société particulière est celle qui ne s'applique qu'à certaines choses déterminées, ou à leur usage, ou aux fruits à en percevoir » (art. 1841). L'article 1842 ajoute : « Le contrat par lequel plusieurs personnes s'associent soit pour une entreprise désignée soit pour l'exercice de quelque métier ou profession est aussi une société particulière. »

Il en résulte donc, que la division des sociétés, au point de vue de leur étendue, varie, et par conséquent les droits sociaux sont plus ou moins étendus, selon que les associés font des apports à la société de choses déterminées — leur usage, leurs fruits à percevoir, ou tous leurs biens meubles et immeubles présents, ou encore tous leurs gains.

Bornons-nous maintenant à ces constatations générales, car le droit commun applicable aux sociétés sera approfondi plus tard tant au point de vue législatif que jurisprudentiel.

CHAPITRE III

LES RAPPORTS ET LES DIFFÉRENCES ENTRE LA SOCIÉTÉ ET LES INSTITUTIONS JURIDIQUES VOISINES.

SECTION I. Les conventions voisines de la société. — SECTION II. La société et l'indivision. — SECTION III. Différences principales de fonctionnement entre la société et d'autres institutions juridiques et intérêts pratiques de cette distinction. — SECTION IV. La personnalité juridique dans le droit positif et l'attitude de la jurisprudence à cet égard. — SECTION V. Le principe de la *gesammte Hand* dans la législation allemande.

Section I. — Les conventions voisines de la société.

78. Aperçu général. — 79. Le louage. — 80. Le prêt. — 81. Le bail. — 82. La vente et le contrat d'édition. — 83. Le mandat. — 84. Le métayage. — 85. Observations sur le critérium de la distinction.

78. La société, en tant qu'institution juridique, présente des caractères qui la rapprochent souvent d'autres *institutions juridiques avoisinantes*. Il convient d'essayer de tracer une ligne de démarcation entre elles et surtout entre la société et d'autres conventions qui ont parfois avec elle des ressemblances frappantes. Nous avons vu que l'association apparaît comme une institution très proche de la société, néanmoins ses caractères, sa nature juridique l'excluent du domaine de la véritable société. Cette dernière, par sa nature même, présente des

caractères qui la soumettent à une réglementation très précise dans la vie juridique. Cela ne veut pas dire que ces institutions juridiques n'aient rien de commun. Au contraire, *elles font partie du même genre de conventions et c'est l'esprit d'association* qui est à la base de leur existence à toutes deux. Mais le droit positif les régleme différemment en imposant des conditions essentielles propres à l'existence et au fonctionnement de chacune, ce qui permet d'établir une ligne de démarcation délimitant le domaine de chacune d'elles.

L'association est une institution juridique voisine de la société, mais il y en a d'autres qu'il importe d'examiner, au point de vue de leurs rapports et de leurs différences, afin de ne pas les confondre entre elles.

79. *Le louage d'ouvrage* présente des affinités très nettes avec la société, toutefois il ne constitue pas une société. La rémunération reçue par le salarié ne constitue pas des bénéfices issus d'un apport commun à une société; *elle n'est que le salaire reçu pour la prestation d'ouvrages* et ce salaire est, généralement, égal ou proportionnel soit au temps nécessaire pour la réalisation du service, soit au travail fourni par le salarié. Celui qui fait la prestation de tels services n'a pas la *qualité d'associé*; il reste, au point de vue juridique, un simple salarié en vertu du contrat du louage d'ouvrages.

La question de savoir si le louage d'ouvrages constitue ou non une société devient plus délicate lorsque le salarié qui fait la prestation d'un ouvrage quelconque reçoit, en dehors de son salaire, *soit une portion des bénéfices réalisés par le patron, soit seulement une remise sur les affaires réalisées par lui*. Dans ce cas, il devient

très difficile de savoir si nous nous trouvons en face d'un louage d'ouvrages ou d'une société. Le seul moyen de résoudre la question réside dans les *circonstances* dans lesquelles les parties ont contracté, ainsi que dans le *but qu'elles ont envisagé*. Si le but de la convention entre les parties a été la *réalisation des bénéfices et leur partage*, et s'il apparaît que l'une des parties, par la prestation d'un ouvrage, a réalisé un *apport* lui donnant le droit de participer, en dehors de son salaire, à une partie des bénéfices réalisés, ou en cas de mauvaises affaires, l'obligation de supporter les pertes dans une proportion déterminée, *il y a société*. Au contraire, lorsque la participation aux bénéfices n'est que complétive du salaire, il y a louage d'ouvrage. Par conséquent, si les termes d'une pareille convention prêtent à l'ambiguïté, il faut examiner les faits qui ont contribué à la convention ¹.

80. En principe, lorsqu'il s'agit d'un *prêt*, le prêteur n'a aucun droit à une part des bénéfices réalisés avec son argent par le débiteur. Au contraire, il a droit à la restitution intégrale de ce qu'il a prêté, même au cas où son débiteur a subi des pertes, y compris les intérêts stipulés. Bien mieux, la *convention de prêt avec participation aux bénéfices ne constitue pas nécessairement une société* ². La Cour de cassation se prononce dans ce sens : « Attendu que la stipulation d'une part dans les bénéfices par celui qui prête à un commerçant un capital produisant des intérêts et remboursable à une époque convenue n'impliquant pas nécessairement que le

1. Trib. com. Seine, 19 mars 1902, *R. S.*, 1902, 283; Lyon-Caen et Renault, *op. cit.*, 1^{re} p., n° 58 et suiv.

2. Cass. req., 3 mars 1903, D. 1904.1.257 note Thaller.

prêteur devienne un associé, il appartenait aux juges du fond de déterminer, d'après les circonstances de la cause, le caractère du contrat litigieux; que leur appréciation, qui ne dénature pas la convention intervenue, est souveraine, et que, dès lors, l'arrêt attaqué n'a pas violé les textes visés au moyen ¹... »

De même la *convention en vertu de laquelle un bailleur de fonds garantit leur recouvrement par une stipulation de sûretés réelles et manifeste sa volonté de les soustraire aux pertes* constitue un contrat de prêt et non une société. Il en résulte que le bailleur pourra stipuler aussi des intérêts variant avec les bénéfices et pourra se réserver le droit de contrôler la comptabilité et la gestion de l'entreprise sans que cette convention perde le caractère d'un prêt ².

La convention de prêt deviendra une société si *les droits conférés au prêteur par des clauses spéciales font naître l'idée de société*. Ainsi, par exemple, si le prêteur, en dehors de la participation aux bénéfices, a, non seulement un droit de surveillance, mais aussi le droit de participer à la direction ou l'administration des affaires sociales, ou bien, s'il est autorisé à assister aux inventaires sociaux, ou enfin, s'il peut prendre communication des livres de la société, *il sera considéré comme un associé de son débiteur* parce que de ces clauses résulte clairement le principe fondamental de la société. Toutefois, même dans ce cas, le contraire peut résulter des circonstances ou des clauses par lesquelles le prêteur s'est exonéré de toute contribution aux pertes. En effet, ces circonstances ou clauses seraient contraires au ca-

1. Cass., 2 mars 1926, D. H. 1926-177.

2. Cons. Paris, 12 févr. 1927, R. S., 1927, 157.

ractère spécial de la société et se heurteraient aux prescriptions de l'article 1855 du Code civil ¹.

Dans tous les cas, la question de savoir si une convention constitue un prêt ou une société sera déterminée par les juges du fond qui examineront d'après les circonstances le véritable caractère de cette convention.

81. Ne constitue pas une société le *bail d'un immeuble* à une personne qui va l'exploiter pour son commerce ou son industrie, même si, en dehors du loyer fixe, *il est prévu une part des bénéfices du commerce ou de l'industrie du locataire, alors que le bailleur est exonéré de toute contribution aux pertes*. La difficulté de résoudre la question surgit, lorsque le locataire s'engage à remettre au bailleur, en guise de loyer, une partie des bénéfices réalisés par l'exploitation de l'immeuble loué, et lorsque la convention reste muette sur la répartition des pertes. Dans ce cas, il sera nécessaire de rechercher les faits et circonstances dans lesquels les parties ont contracté, ainsi que le but qu'elles se sont proposé par la convention. Il appartiendra, par conséquent, aux juges du fond, d'examiner ces questions de fait pour déterminer la nature de la convention litigieuse ².

82. Le contrat de vente peut quelquefois présenter des ressemblances frappantes avec la société. Ainsi, lorsque le vendeur d'un fonds de commerce stipule dans le contrat de vente, en dehors du prix, *une certaine participation dans les bénéfices que réalisera l'acheteur* par la

1. Lyon-Caen et Renault, *op. cit.*, n° 63 et 65, et Req., 10 juill. 1905, D. 1906.1.131.

2. Cass., 9 nov. 1869, D. 70.2.213.

mise en exploitation de ce fonds de commerce, l'ambiguïté de la convention apparaît nettement. Dans ce cas, c'est d'après l'*activité exercée par le vendeur* que l'on pourra déterminer s'il est devenu ou non associé, c'est-à-dire si la convention a la nature d'une vente ou d'une société. A défaut de clauses spéciales indiquant la nature exacte de la convention, ou à défaut de circonstances et faits prouvant la qualité d'associé, la convention litigieuse doit être considérée comme *une véritable vente*. En effet, la fixation dans le contrat du prix aléatoire, variant en proportion avec les bénéfices réalisés, n'a rien d'*incompatible avec les caractères essentiels de la vente*.

Le doute sur la nature d'une convention peut se présenter dans le cas où un *auteur cède la propriété d'un manuscrit à un éditeur*, en stipulant que les bénéfices provenant de la vente des ouvrages édités seront partagés entre eux, dans une proportion déterminée d'avance. Si des circonstances, il résulte qu'ils ont voulu donner le caractère d'une société à la convention intervenue entre eux, nous ne serons pas en présence d'un contrat d'édition, mais d'une *société*. Au contraire, lorsque l'auteur touche, en vertu d'une clause spéciale, un pourcentage quelconque, il y aura vente et non pas société ¹.

83. Le *mandat salarié*, bien que très différent de la société, se rapproche souvent de la nature de la société. Il en est ainsi lorsqu'une personne charge un tiers de vendre une chose moyennant un prix déterminé avec une *clause spéciale stipulant que ce qu'il recevra au delà*

1. Cass., 25 mars 1901, S. 1901.1.305 et la note de M. Lyon-Caen.

du montant de ce prix lui appartiendra. Cette convention ne constitue pas une société mais un mandat salarié. Néanmoins une pareille convention peut être considérée comme une société quand elle présente les traits essentiels dont la réunion lui assigne, en vertu des lois, une nature déterminée comme celle de la société. En effet, *on ne saurait admettre que les parties contractantes puissent attribuer le caractère d'un mandat à un contrat qui réunit toutes les conditions nécessaires à l'existence d'une société.* Ici encore, les circonstances seront déterminantes pour résoudre la question ¹.

84. Le *bail à cheptel* et le *métayage* ou *colonat partiaire* ont été considérés dans l'ancien droit comme de véritables sociétés. Ils ont pour but principal de *faciliter les exploitations agricoles*. Le caractère ambigu de ces conventions est quelquefois frappant. On dit en général que le *législateur a fait du métayage un louage de choses* en le traitant dans les articles 1763, 1764 et 1771 du Code civil à propos du louage de choses. D'autres auteurs estiment que le *colonat partiaire constituerait un contrat innommé* ayant des affinités à la fois avec le louage et la société. La controverse sur la nature de ce contrat existe toujours, et c'est au juge du fond qu'il appartient de l'établir d'après les circonstances existant au moment où la convention a été passée. En effet, la loi du 18 juillet 1889, incorporée au Code rural, au titre IV, qui *s'inspire d'une pensée favorable à la communauté d'intérêts des classes agricoles*, ne tranche pas la controverse qu'elle laisse subsister ².

1. Cass., 4 juin 1860, S. 1861.1.75; Nyssens et Corbiau, *op. cit.*, n° 195.

2. Cons. Hayem, *Etude historique et critique de la législation et de la jurisprudence concernant les sociétés civiles*, Paris, 1911, p. 124.

Mais aux termes de l'article 1818 du Code civil, « le cheptel à moitié est une société dans laquelle chacun des contractants fournit la moitié des bestiaux qui demeurent communs pour le profit et pour la perte ». L'apport de la moitié des bestiaux par chaque partie contractante et le partage du profit et des pertes accentuent le caractère de société. Mais le *cheptel à moitié* est très peu fréquent dans la vie pratique. Sa nature de société en fait une exception au principe que nous avons établi ci-dessus, mais son peu d'application en fait une anomalie peu importante.

85. Nous nous bornerons à ces constatations générales concernant les rapports et les différences entre les sociétés et d'autres conventions voisines de la nature de la société. La notion de la société, telle qu'elle est définie par l'article 1382 du Code civil, complété par les dispositions de l'article 1833 du Code civil, nous apparaît comme une *institution juridique qui se trouve renfermée dans des limites très précises ne lui permettant aucune extension importante*. Sa nature et ses caractères lui restent propres. Les conventions qui l'avoisinent, même lorsqu'elles s'approchent sensiblement de la nature de la société, constituent des contrats spéciaux créés tant par la législation que par la jurisprudence. Néanmoins lorsqu'une convention a un caractère ambigu, elle peut rentrer dans le domaine de la société ; mais ces cas sont très rares et il appartient aux juges du fond de les examiner souverainement. Les circonstances ayant déterminé les parties à la conclusion d'une pareille convention entrent en jeu et on doit en tenir compte pour déterminer la nature d'une pareille convention.

Ces conventions ayant un caractère ambigu sont nombreuses. Nous avons passé en revue les plus importantes, mais des espèces différentes peuvent se présenter souvent dans la pratique, car la nature et les caractères d'une convention ne sont pas toujours constatés d'une manière précise dans un acte écrit. Le nombre des opérations n'est jamais limité. Il y a même aujourd'hui, plus de *negotia* que de *vocabula*, comme disait Ulpien. Pour chaque espèce donnée, les règles générales qui se dégagent de cet aperçu devront être appliquées pour déterminer la nature exacte de la convention.

Section II. — La société et l'indivision.

§ 1. *Rapports et différences entre la société et l'indivision.* —

§ 2. *La société d'indivision.* — § 3. *La copossession (copropriété sui generis) du droit hongrois.* — § 4. *La communauté conjugale.*

§ 1. — RAPPORTS ET DIFFÉRENCES ENTRE LA SOCIÉTÉ ET L'INDIVISION.

86. Généralités en droit comparé. — 87. Caractères de l'indivision. — 88. Sa réglementation en droit comparé.

86. La simple *indivision* ou *communauté* qui résulte soit de l'ouverture d'une *succession* au profit de plusieurs héritiers ou légataires, soit d'une *convention*, soit enfin de la *nature des choses*, et qui est une institution juridique très proche de la société, ne peut cependant être confondue avec cette dernière. L'élément essentiel de la société est la *volonté des parties*, tandis que l'indivision se produit généralement sans le consentement des coindivisaires. Elle est, en principe, un *état subi*, n'ayant pas pour but une recherche de bénéfices ; la société est un état voulu, animé de l'esprit de lucre.

En droit allemand, théoriquement, il n'y a pas de différence nette de nature entre la société et l'indivision. *La société est l'espèce particulière du genre qu'est l'indivision*. De plus, la notion de la société n'est pas caractérisée nécessairement par l'*animus lucrandi*. Elle peut avoir un caractère autre que la recherche des bénéfices. C'est peut-être pour cela que le Code civil allemand régit l'indivision comme la forme-type de copropriété « dans le cadre de laquelle, malgré des dispositions spéciales, rentrent toutes celles que le Code a réglementées, en particulier, y compris la société¹ ».

Le Code autrichien, dans son ancien article 1188, est allé plus loin par les dispositions suivantes : « On appliquera aux délibérations et à la décision sur les affaires de la société, s'il n'existe aucune autre convention, les dispositions contenues à cet égard dans le chapitre de la communauté de la propriété (art. 833 et 842).

Toujours est-il que, malgré la physionomie particulière de la société en droit allemand, que nous examinerons plus tard, *on ne peut pas établir une identification entre la notion de l'indivision et celle de la société*. En effet, dans la société de droit commun allemand, nous allons voir que les biens sociaux sont soumis à un régime qui est caractéristique du droit allemand — au principe de la *Gesammte Hand* — d'après lequel le patrimoine social n'est même pas *idéalement divisé*, de sorte que les associés ne peuvent en disposer personnellement. Au contraire, *l'indivision ordinaire constitue une institution juridique dans laquelle on retrouve la conception romaine de la copropriété*. Les communautaires

1. Code civil allemand, promulgué le 11 août 1896 entré en vigueur le 1^{er} janvier 1900, traduit et annoté, 1906; t. II, note à l'art. 741, p. 265.

ou indivisaires ont une part dans l'objet indivis qu'ils peuvent *céder, hypothéquer ou transmettre à titre onéreux ou gratuit*. Cette indivision ne peut être transformée par la convention en une indivision à *Gesammte Hand* sans recourir à la constitution d'une société de droit commun ¹.

87. En droit français, et généralement dans les législations latines, en dehors du fait que la société est un état voulu, tandis que l'indivision est en principe un état subi, la société présente des avantages pratiques bien supérieurs à ceux de l'indivision. En effet, lorsqu'il s'agit de l'indivision, la *conception de la personnalité juridique doit être écartée*. Cela a une portée très grande, par rapport à la société qui constitue, en principe, un être moral distinct de la personnalité de chaque associé. Dans l'indivision, le droit s'exerce sur l'*ensemble de la chose commune*. La part de chaque indivisaire n'est pas déterminée en réalité, elle s'exprime généralement par un chiffre qui représente une *quote-part*. Sur une chose indivise, chacun des copropriétaires a un *droit de propriété limité par celui des autres*. L'ensemble de ces droits s'appelle *copropriété*. En général, lorsqu'il s'agit d'indivision, la chose commune n'est pas divisée. Sur cette chose qui est la propriété de tous les indivisaires, il y a une *concurrence du droit de propriété de tous les communautaires*.

L'indivision est vue d'un œil peu favorable par le législateur, à cause de raisons économiques. L'indivision est, en principe, temporaire et facultative; cette idée se

1. Planck, *Bürgerliches Gesetzbuch nebst Einführungsgesetz*, 3^e édit.; Berlin, 1908, p. 484.

trouve dans l'article 815 du Code civil : « Nul n'est tenu de demeurer dans l'indivision. » Un autre trait caractéristique de l'indivision est que les indivisaires peuvent faire tous les actes juridiques concernant leurs *quotes-parts*. Ainsi ils peuvent hypothéquer, transmettre à titre onéreux ou gratuit leurs *quotes-parts* dans la chose commune : dans les actions judiciaires, ils doivent figurer individuellement. L'indivision résulte soit de la nature des choses (par exemple : tombeaux de famille), soit de la loi (allée commune, mitoyenneté), soit enfin de la convention des parties.

88. La législation française, ainsi que les législations inspirées par elle, n'organisent pas un régime de délibérations en commun d'un bien indivis. Une mesure pour l'exploitation du bien commun doit être décidée à l'unanimité des voix des copropriétaires. Pratiquement, la législation française tire des conséquences de la notion de l'indivision qui sont déplorables pour la bonne administration des choses communes. L'absence de toute réglementation concernant la gestion d'une chose commune et la possibilité de demander à tout moment le partage constituent un système boiteux et rétrograde au point de vue économique et susceptible, en outre, de se prêter à des fraudes. Aussi le législateur français y a-t-il apporté quelques dérogations. Ainsi dans l'alinéa 2 de l'article 815 du Code civil, il a fixé une durée de la suspension du partage de la chose commune. D'autre part, dans l'article 220 du Code de commerce en matière de copropriété de navires, il a établi un régime de délibération à la majorité des voix, et, en même temps, il a limité la faculté de demander *intempestivement le par-*

tage. Aussi, par suite de cette réglementation, la jurisprudence considère la copropriété des navires comme une véritable société.

Les législations étrangères, notamment les législations allemande et autrichienne, ont établi, au contraire, un système d'administration du bien indivis, dans lequel la majorité prime la minorité. En effet, l'article 745 du Code civil allemand le dit expressément : « Peuvent être décrétées, par voie de résolution à la majorité des voix, une administration et une utilisation régulières correspondant à la nature de l'objet commun. La majorité se calculera d'après le montant des parts. » Et l'article 746 du Code civil allemand ajoute : « Lorsque les coparticipants ont réglé l'administration et l'utilisation de l'objet commun, la disposition prise a également effet au profit et à l'encontre de leurs successeurs à titre particulier. »

Le Code civil autrichien est allé plus loin. N'organisant pas légalement l'administration de la société par l'article 1188, que nous avons cité, *il renvoie aux dispositions contenues à cet égard dans le chapitre de la communauté de la propriété*. En effet, dans ce chapitre, le législateur règle l'administration d'un bien indivis. D'après l'article 833 du Code civil autrichien : « La possession et l'administration de la chose commune appartiennent à tous les copropriétaires en commun. Pour les affaires qui ne regardent que l'administration ordinaire ainsi que la jouissance d'un capital, la majorité des voix décide et celles-ci ne se comptent point d'après le nombre des personnes mais d'après la proportion des parts des copropriétaires. » L'article 834 du Code civil autrichien ajoute : « Lorsqu'il s'agit de changements, la

minorité peut demander caution à raison du dommage éventuel, si celle-ci est refusée, elle peut demander à se retirer de la communauté. »

Ajoutons encore à ces observations que les règles de l'administration d'une chose commune en droit autrichien qui sont applicables à la société, lorsque les parties n'ont pas fixé le mode d'administration, se trouvent dans les articles 833 à 842 du Code civil autrichien.

Il résulte de cet examen sommaire que les législations allemande et autrichienne ont réalisé dans leur conception de l'indivision qui, néanmoins, reste étrangère au domaine de la société, un progrès notable par rapport à la législation française.

§ 2. — LA SOCIÉTÉ D'INDIVISION.

89. Généralités. — 90. Les caractères de cette société. — 91. Critérium de distinction.

89. L'indivision, malgré son caractère propre, peut entrer dans le domaine de la société en revêtant les caractères et la nature de cette dernière. Ce sont des exceptions que l'on rencontre parfois dans la pratique. Elles se présentent, le plus souvent, dans le cas où deux ou plusieurs personnes se mettent d'accord pour acheter un immeuble quelconque, ou lorsqu'un propriétaire vend une moitié indivise de sa propriété. La question se pose alors de déterminer la nature véritable, au point de vue juridique, du nouvel état de choses. *Y a-t-il indivision ou société ?* Les conséquences qui découlent de la réponse à cette question et les relations juridiques entre les personnes varient, en effet, suivant que l'on admet l'une ou l'autre solution. En principe, pour que la ques

tion soit résolue, il faut tenir compte des circonstances et du but que les parties se sont proposé dans une pareille convention. Si c'est pour revendre l'immeuble ou la moitié indivise et faire un bénéfice, s'il existe par conséquent une idée de spéculation, il y aura société entre les parties. Aujourd'hui on dit généralement que ce sont *les mobiles des parties qui permettent de faire la distinction fondamentale entre l'indivision et la société*.

90. « Il ne suffit pas, pour qu'il y ait société, de mettre un bien en commun, et de s'en partager les revenus, car ce n'est pas là faire œuvre de spéculation au sens de l'article 1832 du Code civil; il faut au moins que les intéressés aient créé l'indivision en vue de vendre plus tard ce bien avec l'espoir de réaliser un bénéfice sur la vente. C'est là un minimum de visée lucrative en l'absence duquel il ne sera pas possible de dire qu'il y a société d'indivision ¹. »

Mais une question s'impose. Lorsqu'un bien indivis est mis en société, les dispositions de l'article 815 du Code civil visant l'indivision ordinaire lui sont-elles applicables ? En effet, d'après cet article, on ne peut convenir de suspendre le partage d'un bien indivis au delà de cinq ans, car pareille convention ne saurait être obligatoire. Malgré ces dispositions, un bien indivis qui est en société ne pourra être partagé, car la société étant une personne morale, *les biens indivis qui lui ont été apportés cessent d'être la propriété des communautaires*. Ils deviennent la propriété de la société personne juridique. C'est l'opinion de la doctrine aussi bien que de la juris-

1. Cass., 5 juill. 1922, D. 1923.1.113 note de M. Capitant.

prudence¹. Il en résulte donc que l'article 815 du Code civil n'est pas applicable à la société.

La création de sociétés entre les indivisaires est due aux avantages pratiques qu'elle présente. En effet, la société présentant de grands avantages sur l'indivision, il n'est pas surprenant de voir les indivisaires et héritiers former entre eux une société civile « dans laquelle leurs parts successorales constitueront leurs apports respectifs ; la société peut être constituée pour un temps illimité. Cette combinaison offre de nombreux avantages. La société civile ainsi établie n'a pas les inconvénients économiques de l'indivision ; ce n'est point une masse amorphe et inerte, mais un organisme administré par un gérant, auquel il dépend aux intéressés de conférer, au besoin, jusqu'à des pouvoirs de disposition. L'actif de la société civile échappe à l'indisponibilité dont l'article 2205 frappe les biens indivis en les déclarant insaisissables. Bien plus, la société étant une personne morale, il en résulte au profit des créanciers sociaux un droit de préférence sur cet actif par rapport aux créanciers personnels des cohéritiers². »

91. Ce cas se présente plus souvent non point lorsqu'il s'agit d'une société constituée d'une façon définitive, entre les indivisaires, *mais en matière de convention visant un objet indivis* et présentant quelque caractère d'ambiguïté. Dans ce cas, comme nous l'avons dit plus

1. H. Capitant, *Cours de droit civil pour le doctorat*, 1927-1928 et la note au D. 1923.1.113 ; Civ., 15 mai 1899, S. 1900.1.94 ; D. 1889.1.353 ; Civ., 23 janv. 1901, D. 1901.1.278.

2. H. Capitant, *op. cit.*, p. 493 ; Cass., 6 févr. 1872, D. 1872.1.101 ; Cass., 5 juill. 1922 précité. A. Jonascu, *De la copropriété d'un bien*, th., 1930, pp. 161 et suiv.

haut, il faut examiner le but que les parties ont poursuivi.

Il y aura, en général, *société d'indivision*, lorsque plusieurs copropriétaires poursuivent par l'indivision un but lucratif déterminé. *Lorsque cette idée de spéculation ne fait pas défaut, nous nous trouvons en face d'une société d'indivision*. Celle-ci résulte d'une très large interprétation de l'article 1832 du Code civil qui est admise par la jurisprudence. En effet, pareille société, dont la constitution est explicable par *l'absence de réglementation dans le Code de l'administration d'un bien commun et par les avantages pratiques, ne présente aucun caractère contraire à l'esprit des lois et aux principes d'ordre public*. La notion de cette société nous apparaît comme *dépassant les limites* de l'article 1832 du Code civil et elle est d'application plus fréquente car cette institution juridique déroge à l'article 815 du Code civil¹.

§ 3. — LA COPOSSESSION (COPROPRIÉTÉ « SUI GENERIS ») DU DROIT HONGROIS.

92. La copropriété ordinaire et ses caractères. — 93. La copossession et ses origines. — 94. Organisation et caractères de la copossession. — 95. Parrallèle entre la société d'indivision et la copossession.

92. En principe, conformément aux règles en matière de droit réel, *plusieurs personnes ne peuvent avoir sur la même chose une propriété exclusive*. Cela n'empêche pas, cependant, que le droit de propriété sur la même chose puisse être divisé idéalement entre plusieurs per-

1. Note de M. Capitant au D. 1923.1.113 précité; A. Jonascu, *op. cit.* pp. 141 et suiv.

sonnes appelées *copropriétaires* ou *indivisaires*. C'est le cas de la copropriété dans laquelle plusieurs propriétaires ont le même droit sur une chose indivisible qu'un seul d'entre eux. Chaque copropriétaire a droit à une part déterminée ou déterminable du droit de propriété. En ce qui concerne la division du droit de propriété, les *quotes-parts* des propriétaires sont égales au point de vue qualitatif, ayant la même nature que le droit de propriété divisé.

La copropriété dérive, en principe, de la convention, des successions et de la loi. Dans l'ancien droit hongrois, elle avait souvent pour source les *donations royales* qui attribuaient la même chose à plusieurs cobénéficiaires. Toutefois le cas le plus fréquent de copropriété était fourni par les successions¹. Des lois spéciales réglementent la copropriété. Ainsi la loi XXIV de 1885 et la loi XII de 1898 par lesquelles on a supprimé l'indivision obligatoire qui existait entre les *membres des confins militaires*, tout en permettant aux membres de ces communautés de les maintenir s'ils le veulent, mais la détermination des quotes-parts était obligatoire. Les lois LIII de 1871 dans les articles 32 et 42 prévoient le maintien de la copropriété pour les forêts et les pâturages reçus par les serfs².

En ce qui concerne la *structure du droit de copropriété dans le droit coutumier hongrois*, on applique le principe du droit de propriété individuelle, la propriété commune ne supprimant pas la propriété individuelle

1. Voir : Stephan Verboczy, *Tripartitum*, 1514, 1^{re} partie, titre 41, § 2, et titre 44 § 4.

2. Cons. la loi XVI de 1894 pour la copropriété entre héritiers et l'art. 156 de la loi LXI de 1881 sur le partage de la copropriété et la loi de 1893 art. 81 et 215 sur la copropriété des documents.

des copropriétaires. Par conséquent chaque copropriétaire est propriétaire exclusif de sa quote-part dont il dispose librement sans aucune restriction de la part des autres copropriétaires. Il a le droit de participer, dans la proportion de sa quote-part, à l'usage de la chose commune et à la division en nature des revenus. Il a le droit de la transmettre à titre onéreux ou gratuit et de l'hypothéquer. Il peut demander le partage à tout moment.

Malgré ces caractères, la copropriété ordinaire n'entre pas dans le domaine de la société régie par le droit coutumier hongrois. Ce droit n'a pas de règles spéciales pour les sociétés de droit commun. Néanmoins, on peut appliquer par analogie les dispositions de la loi XXXVII de 1875 (Code de commerce) concernant les sociétés en participations qui se rapprochent sensiblement des sociétés civiles, n'ayant pas la personnalité juridique.

93. En dehors de la copropriété ordinaire, le droit hongrois connaît une ramification spéciale de celle-ci, les *copossessions instituées pour les biens immobiliers d'origine noble de plusieurs communes* entre des personnes appelées copossesseurs ou simplement copropriétaires. Ce système spécial de copropriété se caractérise par ceci qu'il ne comprend pas les droits de propriété des copropriétaires dans leur ensemble. En effet, certains des immeubles peuvent être divisés entre les *ayants droit* par leur nature ou leur destination, tandis que d'autres restent indivisibles. Tous ces immeubles avant 1848 formaient la propriété des nobles. Les paysans-serfs qui les culvitaient n'avaient droit qu'à un terrain à bâtir et à un lopin de deux à six arpents de terre culti-

vable. Comme contre-partie, ils étaient obligés de payer un impôt et de cultiver la terre du noble seigneur. Par la réforme de 1848, les terres cultivées par les paysans sont devenues leur propriété moyennant un prix qui devait être payé à l'Etat par des annuités pour lesquelles il a émis des obligations.

Par conséquent, *les copossesseurs sont des copropriétaires de biens de provenance noble*. Ils possèdent des immeubles, des forêts, des pâturages dans une commune, en maintenant *cette forme appelée copossession*. Dans ce système juridique, la participation des copossesseurs aux droits et obligations résultant de cette institution juridique s'établit d'après les *quotes-parts*. Et la procédure d'après laquelle on établit les *quotes-parts* s'appelle *proportionalisation (arányosítás)*. En dehors de la propriété des *quotes-parts*, les copossesseurs ont des droits spéciaux pour lesquels on applique non seulement les règles générales de la copropriété, mais aussi des règles spéciales à la copossession.

Ainsi, par exemple, lorsqu'il s'agit d'un bail des biens communs, le copossesseur a le droit de priorité. De plus, en ce qui concerne l'entretien des édifices communs et les mesures à prendre contre l'inondation, s'il est établi que les copossesseurs ont été négligents ou ont refusé de prendre ces mesures de protection, ils sont responsables des dommages causés.

94. Pour faciliter les dispositions prises concernant les biens communs, *les copossessions*, par l'élection d'un directeur, d'administrateurs, ou par la nomination de représentants, *revêtent quelquefois des formes organisées*. Ces formes ne sont pas obligatoires et les coposses-

sions peuvent se créer sans aucune condition de forme. Néanmoins, la loi spéciale XIX de 1898 impose obligatoirement l'organisation des copossessions qui ont pour objet des forêts ou des terrains incultes. En ce qui concerne la copossession des pâturages, l'article 11 de la loi XII de l'an 1894 permet aux copossesseurs, par l'élection d'un conseil de la copossession, de se constituer en une société pour pouvoir exploiter les biens communs conformément aux dispositions et aux limitations de la dite loi. Nonobstant l'organisation des copossessions en société, en ce qui concerne les droits, les obligations et la situation des membres copossesseurs, on doit appliquer les directives générales de la copropriété ordinaire.

Il convient de noter que les *copossessions organisées en une société en vue d'un but commun ne constituent pas des personnes juridiques*. Il n'existe aucun droit de la copossession organisée distinctement de celui de ses membres et les biens de la copossession n'appartiennent pas à un être moral distinct d'elle, mais aux copossesseurs, *au prorata*. Néanmoins, une décision de la Cour hongroise du 6 février 1908, n° 2801/1907, admet la personnalité juridique des copossessions, mais cette opinion est abandonnée¹.

Tous les biens sur lesquels porte le droit de copropriété sont soumis à la *procédure de proportionalisation (arányosítás)*, c'est-à-dire à la fixation des *quotes-parts* des copossesseurs. Par conséquent, sont soumis à la *proportionalisation* tous les immeubles, tous les revenus et tous les dépens et obligations qui forment en leur ensem-

1. Cons. Márkus Dezső, *Felsőbiroságnak elvi határozatai* (Les décisions principe des Cours), 12 t. à partir de 1894, Budapest; *Gil féle Döntvénytár* (Collection systématique de décisions), 11 t. à partir de 1904, Budapest.

ble les copossessions. Cette procédure de *proportionalisation* n'a pas pour but seulement la fixation des *quotes-parts*, en vertu de laquelle — en maintenant la copossession — les *copossesseurs participent aux bénéfices et supportent les pertes de l'ensemble des biens communs*, mais encore le *partage définitif* de la copossession lorsqu'elle cesse d'exister. Dans les deux cas cités, la base de cette procédure s'appelle la *clé de proportionalisation* (*aránykulcs*) qui varie suivant les modes d'organisation et d'établissement de la copossession.

Ainsi, lorsque la copossession est établie entre les membres d'une famille, la quote-part de chacun se détermine conformément aux principes du *droit successoral*. Au contraire, lorsqu'il n'y a pas un rapport de parenté entre les copossesseurs, la *clé de proportionalisation* est le *terrain à bâtir et les terres à cultiver*. Mais il y a des cas où on ne peut pas appliquer ces deux clés de proportionalisation. En pareille situation, l'*usage des biens communs* et la *participation aux dépenses* peuvent servir comme *base extraordinaire de proportionalisation*.

95. En terminant cet aperçu général sur l'institution juridique de la copossession ou copropriété qui est caractéristique en droit coutumier hongrois, on s'aperçoit que son *domaine s'approche beaucoup de celui de la société*. Elle est surtout très voisine de la *société d'indivision* — termes qu'emploie la jurisprudence française — que nous avons examinée plus haut. On pourrait aller plus loin et dire que la copossession organisée du droit hongrois *a la même nature et structure juridique que la société*. En effet, au point de vue

théorique, il ne paraît pas y avoir de différence de nature. Nénamoins, leur origine est différente. L'une ne peut être *expliquée* et *examinée* qu'en parcourant les différentes étapes historiques du droit coutumier hongrois, tandis que l'autre *est créée* et *admise par la jurisprudence française* pour des raisons d'ordre plutôt pratique que théorique, l'administration des biens indivis n'étant pas réglementée par les lois.

Ainsi que nous l'avons vu, cette *société d'indivision*, au point de vue théorique, est due à une interprétation très large de l'article 1382 du Code civil. En dehors de la diversité de leur origine, il y a encore une autre différence notable entre la société d'indivision et la copossession du droit hongrois, différence qui résulte de leur *réglementation*. En effet, la *société d'indivision* échappe aux dispositions qui règlent l'indivision et la copropriété en général, tandis que la copossession du droit hongrois, même organisée en société, *reste toujours une ramification spéciale de la copropriété ordinaire* et, par conséquent, les règles générales et de principe de celle-ci, lui sont applicables.

§ 4. — LA COMMUNAUTÉ CONJUGALE

96. Aperçu général sur la nature et l'origine de la communauté conjugale. — 97. Ses rapports et ses différences avec la société.

96. La *communauté conjugale* est un régime de biens qui peut être établi entre les époux. *Sa nature juridique s'approche de celle de l'indivision et de la société.* Pour expliquer les caractères particuliers de ce régime, « on a successivement proposé d'y voir, soit une *simple indi-*

vision, soit une *société entre époux*, soit une *personne juridique*, soit enfin une application d'un genre spécial de copropriété que l'on désigne sous le nom de *copropriété en main commune* et qui tient le milieu entre la simple indivision et la personne juridique¹ ».

L'ancien droit français hésitait sur la question de savoir si la communauté conjugale devait être considérée comme une véritable société. La *coutume d'Orléans* contient un titre XI, intitulé *De la société*, où il est question exclusivement de la communauté entre époux. D'autres coutumes, au contraire, distinguaient la société de la communauté entre époux. Pothier, dans son *Traité de la communauté*, n° 1, disait que « la communauté entre conjoints par mariage est une *espèce de société* de biens qu'un homme et une femme contractent lorsqu'ils se marient ».

La question est controversée au sujet de l'origine historique de la communauté conjugale.

Certains auteurs soutiennent qu'elle est d'origine romaine et s'appuient particulièrement sur une partie de la définition que Modestin donne du mariage : ... *Consortium omnis vitæ divini atque humani juris communicatio*. On se fonde aussi sur le régime spécial de la *manus* en disant que la communauté aurait existé en pratique comme une société et se serait développée sous l'influence des exigences pratiques en devenant, étape par étape, la communauté actuelle.

D'autres auteurs font remonter la communauté conjugale au *droit celtique*, invoquant dans ce sens un texte

1. A. Colin et H. Capitant, *op. cit.*, t. II, p. 59.

2. Brissaud, *Manuel d'histoire du droit privé*, 1908, p. 779.

de J. César qui parle des biens apportés par la femme pour les mettre en commun .

D'autres, enfin, attribuent une *origine germanique* à la communauté conjugale qui se trouvait déjà en germe dans la loi des Francs Ripuaires. La communauté ne serait qu'une application d'un genre spécial de copropriété, ce que les Allemands appellent *Miteigenthum zu gezammter Hand* ².

Ce qui caractérise ce genre de copropriété, c'est que les parts des titulaires constituent un *seul patrimoine distinct* et que ses membres ne peuvent pas disposer de leurs parts. Nous examinerons plus tard la nature de cette institution juridique, intermédiaire entre la simple indivision et la société douée de la personnalité juridique, mais nous noterons dès maintenant que les caractères de la communauté conjugale sont sensiblement différents de ceux qui gouvernent la *copropriété en main commune*, *Gesammte Hand*. Le caractère juridique de la communauté conjugale « est une trame très serrée destinée à protéger des tendances contraires et où les éléments primordiaux s'entremêlent en un réseau qu'ont tissé, maille à maille, toutes les années de notre vie nationale selon les nécessités de l'heure présente ».

97. Les ressemblances de la communauté conjugale avec la société sont superficielles. Des différences importantes séparent les deux institutions juridiques dont les

1. Lefebvre, *Cours de doctorat sur l'histoire du droit matrimonial français*, Paris, 1908, pp. 87 et suiv.

2. Cons. L. Masse, *Du caractère juridique de la communauté entre époux dans ses précédents historiques*, th., Paris, 1902. P. Verdelot, *Du bien de famille en Allemagne et de la possibilité de son institution en France*, th., Paris 1899.

3. Meynial, *Le caractère juridique de la communauté entre époux*, *Rev. trim. de dr. civ.*, 1903, p. 834.

domaines sont voisins. En effet, les caractères distinctifs de l'une et de l'autre les différencient d'une manière très nette. Lorsqu'il s'agit d'une société, le *but lucratif* résultant des opérations qu'elle effectue est évident. En cas de communauté, ce sont les *idées morales* et *sociales* qui prédominent. Par conséquent, la thèse qui soutient que la communauté conjugale — en dépit des travaux préparatoires relatifs au titre des sociétés — *constitue une véritable société, est mal fondée.*

En effet, le but des deux institutions juridiques est différent, non seulement dans la législation actuelle, mais aussi dans l'ancien droit français. Il y a des ressemblances de nature entre elles, mais ces ressemblances sont trop superficielles et trop fragiles pour conclure à l'identification de la communauté conjugale avec la société. Si l'on ajoute que la société est douée de la personnalité juridique, *le fossé entre la communauté conjugale et la société s'élargit*, et met fin ainsi aux controverses existantes.

Section III. — Différences principales de fonctionnement entre la société et d'autres institutions juridiques et les intérêts pratiques de cette distinction.

§ 1. *Généralités sur le fonctionnement de la société et des institutions juridiques voisines.* — § 2. *Intérêts pratiques de la distinction entre la société et d'autres institutions juridiques.*

§ 1. — GÉNÉRALITÉS SUR LE FONCTIONNEMENT DE LA SOCIÉTÉ ET DES INSTITUTIONS JURIDIQUES VOISINES

98. Généralités. — 99. Différences entre la société et l'indivision résultant de leur administration et leur fonctionnement. — 100. Le fonctionnement de la communauté conjugale par opposition à la société.

98. La ligne de démarcation entre la société et d'autres institutions juridiques devient plus nette encore lors-

qu'on étudie leur *fonctionnement*. En effet, *l'extériorisation de chaque institution juridique est soumise à des règles organiques qui déterminent leur fonctionnement*. Ces règles varient suivant la nature de l'institution juridique, et on ne saurait admettre entre elles une interdépendance complète. Une fois appliquées, elles donnent à chaque institution juridique un *caractère propre* par lequel il est facile d'établir sa véritable nature et de fixer son domaine en le délimitant parmi les autres domaines correspondant à différentes institutions juridiques. Nous examinerons les principales différences entre les règles de fonctionnement propres aux sociétés et celles relatives aux institutions juridiques les plus proches de la société.

99. L'article 1859 du Code civil, en fixant les règles sur le mode d'administration de la société, dans son alinéa premier, dispose que « les associés sont censés s'être donné réciproquement le pouvoir d'administrer l'un pour l'autre. Ce que chacun fait est valable même pour la part de ses associés, sans qu'il ait pris leur consentement ; sauf le droit qu'ont ces derniers ou l'un d'eux, de s'opposer à l'opération avant qu'elle soit conclue. » Cette disposition dérive de la *nature même de la société ayant pour but commun la réalisation des bénéfices*. Dans la communauté indivise, qui est généralement un état subi, on ne cherche pas à atteindre un but commun et spécialement un but lucratif. C'est pourquoi, dans la communauté indivise, la loi n'organise pas un régime de délibérations et les mesures concernant le bien commun doivent être prises à l'*unanimité*. Ce *liberum veto* caractérise la législation française par opposition à ce qui est

décidé à cet égard dans la plupart des législations européennes et, surtout, dans les législations germaniques où le mode d'administration est réglé par la loi. Au contraire, en matière de société, comme nous le verrons plus tard, les actes d'*exploitation* et d'*administration* se décident à la majorité des voix. Par ces décisions, spécialement lorsqu'il s'agit d'actes d'administration et non pas de disposition, la majorité lie toujours la minorité. La part sociale, dans les sociétés de personnes où le caractère *intuitus personæ* produit ses conséquences, n'est pas cessible en principe. La communauté indivise ne connaît pas cette disposition qui est une caractéristique propre à la société. Les *quotes-parts* dans l'indivision peuvent être cédées. L'indivision étant un régime précaire, chacun des indivisaires peut demander le partage à tout moment, à moins d'une convention contraire prolongeant l'état d'indivision, mais qui ne saurait dépasser cinq années (art. 815 C. civ., modifié en ce qui concerne les habitations à bon marché, par la loi du 30 novembre 1894).

Conformément aux dispositions de l'article 1846 du Code civil, alinéas 1 et 2, « l'associé qui devait apporter une somme dans la société et qui ne l'a point fait devient de plein droit et sans demande, débiteur des intérêts de cette somme, à compter du jour où elle devait être payée. Il en est de même à l'égard des sommes qu'il a prises dans la caisse sociale, à compter du jour où il les en a tirées pour son profit particulier. » Le principe *dies interpellat pro homine* qui se dégage de ces dispositions est également applicable aux avances faites par les associés à la société ¹.

1. Civ., 26 mars 1901, D. 1901.1.384.

Au contraire, les indivisaires sont soumis aux dispositions contenues dans l'alinéa 3 de l'article 1153 du Code civil modifié par la loi du 7 avril 1900, d'après laquelle les intérêts courent de la mise en demeure seulement — *dies non interpellat pro homine*. De plus, les règles dispositives des articles 1848 et 1849 du Code civil visant respectivement l'imputation des créances des associés et l'apport de la créance à la société dans un cas déterminé, ne sauraient s'appliquer à la communauté indivise.

Ce sont là les *principales relations juridiques entre les personnes appartenant à l'une ou à l'autre des institutions juridiques* dérivant des dispositions du Code relatives à leur fonctionnement. Les différences que nous avons examinées font apparaître la ligne de démarcation entre leur domaine non seulement au point de vue de leur nature propre mais aussi de leur réglementation.

100. La société diffère de la *communauté conjugale* non seulement par sa nature, comme nous l'avons constaté plus haut, mais aussi — comme, d'ailleurs, la communauté d'indivision — par la *réglementation de son fonctionnement*. Si, en examinant les différences de fonctionnement entre la société et l'indivision, elles nous ont apparu comme fort importantes, la communauté conjugale nous présentera, à ce point de vue, une réglementation de fonctionnement très originale due à sa formation et à son évolution historique.

En effet, l'article 1837 du Code civil dispose dans son deuxième alinéa que les sociétés universelles peuvent aussi comprendre toute autre espèce de gains sauf les biens qui pourrraient advenir aux associés par donation ou legs et qui n'entrent dans ces sociétés que pour la

jouissance. Cette disposition fait ainsi une application de la *prohibition des pactes sur successions futures*. En effet, et toujours en vertu des dispositions du dit article, toute stipulation tendant à faire entrer la propriété de tels biens dans la société universelle est prohibée « sauf entre époux et conformément à ce qui est réglé à leur égard ».

Au contraire, l'article 1401 qui parle de la composition de la communauté conjugale y fait entrer non seulement le mobilier que les époux possédaient au jour du mariage mais encore, pour la *pleine propriété*, toutes les successions et donations mobilières qui leur sont échues. De plus, l'article 1402 du Code civil ajoute : « Tout immeuble est réputé acquêt de communauté s'il n'est pas prouvé que l'un des époux en avait la propriété ou possession légale antérieurement au mariage, ou qu'il lui est échu depuis à titre de succession ou donation. »

Les dispositions de l'article 1855 du Code civil interdisant le *partage léonin* font encore une différence sensible au point de vue de la réglementation du fonctionnement entre la société et la communauté conjugale. En effet, et contrairement à l'esprit de l'article cité, l'article 1525 du Code civil permet aux époux de stipuler dans le contrat de mariage que la *totalité de la communauté appartiendra au survivant ou à l'un d'eux seulement*. De l'article 1856 du Code civil, il ressort que les associés choisissent librement les administrateurs de la société. Au contraire, l'article 1421 du Code civil déclare que « *le mari administre seul les biens de la communauté*. Il peut les vendre, aliéner et hypothéquer sans le concours de la femme. » Par conséquent, le mari n'est pas un simple administrateur « mais un véritable *maître*, qui peut alié-

nier les biens communs sans le consentement de la femme. De plus, *toutes ses dettes, même celles qui proviennent d'actes délictueux, sont exécutoires sur les biens communs*. En outre, *il n'est pas responsable de son administration* ¹. » Lorsqu'il s'agit d'une société de personnes, en principe, *tous les associés sont responsables sur leurs biens des obligations contractées par elle*. Dans la communauté conjugale, la femme n'est pas tenue sur ses biens propres pour les engagements contractés par son mari sans son consentement.

Les dispositions du Code civil qui font du mari un véritable *maître de la communauté conjugale* ne peuvent être changées par des stipulations spéciales. En effet, l'article 1388 du Code civil défend aux époux de déroger par une clause spéciale aux droits résultant de la *puissance maritale* ou à ceux qui appartiennent au mari comme *chef de famille*. Et c'est dans ce sens que la jurisprudence décide d'une manière constante, ainsi que nous le verrons en étudiant la nullité des sociétés, que toute société entre époux est *nulle*, comme étant incompatible avec la règle de l'*immutabilité des conventions matrimoniales* et comme étant *susceptible d'établir une égalité de droit entre les époux* portant atteinte à l'*autorité maritale*, principes organiques bien définis par le Code civil. La nullité de ces sociétés est déclarée quel que soit le régime matrimonial que les époux aient adopté — régime de communauté ou de séparation de biens ².

Ajoutons encore à ces différences principales que les dispositions de l'article 1868 du Code civil permettent la

1. A. Colin et H. Capitant, *op. cit.*, t. III, p. 60.

2. Req., 8 déc. 1891, D. 1892.1.117; Req., 27 juin 1893, D. 1893.1.448; Req., 11 avril 1906, D. 1908.1.284; Req., 19 mai 1908, D. 1908.1.359.

continuation de la société avec les héritiers d'un associé, tandis que d'après l'article 1441 du Code civil, la communauté conjugale est *dissoute par la mort*, par le *divorce*, par la *séparation de corps* et par la *séparation de biens*.

§ 2. — INTÉRÊTS PRATIQUES DE LA DISTINCTION
ENTRE LA SOCIÉTÉ ET D'AUTRES INSTITUTIONS JURIDIQUES

101. Règles spéciales et propres aux sociétés. — 102. Quelques observations critiques.

101. Les intérêts pratiques se dégageant de la distinction entre la société ordinaire et d'autres institutions juridiques voisines sont nombreux. La plupart d'entre eux, nous l'avons remarqué en étudiant chaque institution juridique, ont des affinités avec la société tant au point de vue de leur nature juridique qu'au point de vue de leur domaine d'application et de leur réglementation. Il convient cependant d'ajouter quelques observations générales qui seront reprises plus en détail à propos du fonctionnement des sociétés du droit commun.

Le législateur a fixé, pour la formation de la société, *des règles spéciales qui diffèrent de celles d'autres institutions juridiques voisines*. Ces règles varient suivant la nature des sociétés. Par ailleurs, la société étant un contrat consensuel, une personne doit être *capable de s'obliger* pour avoir la qualité d'associé. Du caractère consensuel du contrat de société, l'article 1843 du Code civil tire la conséquence suivant laquelle « la société commence à l'instant même du contrat, s'il ne désigne une autre époque ». Au contraire, la communauté, soit légale, soit conventionnelle, conformément à l'article 1399 du Code civil, « commence du jour du mariage contracté devant

l'officier de l'état civil ; *on ne peut stipuler qu'elle commencera à une autre époque* ».

Le contrat de société est un contrat synallagmatique, bien que les prestations ne soient pas fournies en contrepartie l'une de l'autre. Elles affluent toutes vers la caisse sociale. Les associés s'obligent à fournir leurs apports parce que chacun d'eux est tenu de la même obligation. Ce lien étroit entre les obligations des associés est appelé soit *connexité*, soit *simultanéité*, soit *corrélacion des obligations*, termes qui sont *synonymes* et indiquent *l'interdépendance des obligations* dans un contrat synallagmatique qui est un contrat réciproque.

Il y a encore d'autres intérêts pratiques à la distinction, qui découlent des *dispositions de publicité* auxquelles sont soumises les sociétés. Les sociétés civiles, en principe, ne sont soumises à aucune forme de publicité. Au contraire, le Code de commerce renferme de très nombreuses formalités à remplir pour la constitution d'une société commerciale. Enfin, la société est douée de la personnalité juridique qui est un de ses éléments essentiels entraînant des conséquences fort intéressantes et multiples auxquelles nous consacrerons un paragraphe spécial.

102. En terminant cet aperçu général sur les différences de nature entre la société et d'autres institutions juridiques, ainsi que sur la parallèle entre leurs règles respectives de fonctionnement, une conclusion nette s'impose à notre esprit. La société, en tant que *convention* et en tant qu'*institution juridique*, est très proche d'autres conventions et institutions juridiques. Autour de son domaine, se dressent des frontières dérivant de son

caractère propre et établies par la législation et une jurisprudence de tendance quelquefois dynamique, qui s'opposent à une extension trop large de son domaine.

Sa réglementation, issue d'une législation inspirée par la doctrine des auteurs classiques, qui ont eux-mêmes été influencés par les règles d'ordre plutôt théorique que pratique du droit romain, laisse à désirer, étant données les nécessités de la vie moderne. Si les dispositions qui régissent la société ont réussi, grâce à l'aide de la jurisprudence, à lui *fixer une nature et un domaine propres*, il n'en est pas de même en ce qui concerne son fonctionnement. Ainsi que nous le verrons plus tard, en faisant l'étude critique de son fonctionnement, ce dernier est caractérisé par un manque de souplesse dû à des règles désuètes et archaïques, en dépit de l'admission de la personnalité juridique.

Section IV. — La personnalité juridique des sociétés dans le droit positif et l'attitude de jurisprudence à cet égard.

§ 1. *La personnalité juridique des sociétés dans la doctrine classique.* — § 2. *L'évolution de la jurisprudence française concernant la personnalité juridique des sociétés et l'attitude de la jurisprudence étrangère à cet égard.* — § 3. *Les conséquences et les intérêts pratiques découlant de la personnalité juridique des sociétés.*

§ 1. — LA PERSONNALITÉ JURIDIQUE DES SOCIÉTÉS DANS LA DOCTRINE CLASSIQUE

103. Observations générales. — 104. Réfutation de la notion de personnalité juridique des sociétés civiles. — 105. Arguments en faveur de la thèse de la personnalité. — 106. L'art. 529 C. civ. et la question de la personnalité morale. — 107. L'art. 69, al. 6 du C. com. au sujet de la personnalité des sociétés commerciales. Quelques observations.

103. Dans notre introduction, nous avons tracé un aperçu général sur la *nature de la personnalité juridique*

et sur les *différentes théories* qui ont cherché à définir et à expliquer ses caractères. La question est entrée définitivement dans la doctrine pure. Cette conception juridique est admise aujourd'hui par la majorité des auteurs. Néanmoins, la question de savoir si les sociétés sont douées de la personnalité juridique a donné lieu à des recherches minutieuses, et à une *interprétation plus ou moins excessive des textes de lois visant la société en général*. Dans le droit positif, surtout, les auteurs ont élaboré des opinions contradictoires à cet égard. Les uns, non sans fournir des raisons très convaincantes, *ont nié*, en interprétant les articles des Codes, *la personnalité juridique des sociétés*. D'autres, interprétant plus largement les textes et ayant surtout en vue les intérêts pratiques de la question à résoudre, ont reconnu la personnalité aux sociétés.

Parmi les auteurs qui reconnaissent la personnalité aux sociétés, certains font la distinction entre les *sociétés civiles* et les *sociétés commerciales* — faisant une catégorie spéciale de l'association en participation — et refusent la personnalité aux premières et l'admettent pour les dernières.

104. La plupart des auteurs classiques considéraient la société civile comme *une simple communauté indivise* soumise aux dispositions contenues dans le Code civil, articles 1843 et suivants. En effet, soutiennent-ils, aucun des articles 1832 à 1873 du Code civil *ne permet même de supposer la personnalité juridique de la société civile*. En outre, l'article 1832 du Code civil, en donnant la définition de la société, ne contient *aucune expression qui puisse être interprétée en faveur de l'existence de la*

société personne juridique. Au contraire, cet article parle de la *mise en commun* de quelque chose. Si l'on emploie l'expression de *mise en commun*, c'est que le *législateur n'a pas voulu douer la société civile de la personnalité juridique*. Dire que l'on met quelque chose en commun, c'est dire que l'on forme une indivision.

Pothier, dans son *Traité des Sociétés*, ne parle pas de la question de la personnalité juridique, lorsqu'il étudie la société civile, alors que dans son *Traité des Personnes* il en parle à propos des associations. De plus, lorsqu'il s'occupe de la société civile, il s'exprime ainsi : « La société est le contrat par lequel deux ou plusieurs personnes conviennent de mettre quelque chose en commun. Lorsqu'en exécution du contrat, elles ont effectivement mis en commun ce qu'elles étaient convenues d'y mettre, c'est une communauté qui se forme entre elles ¹. »

Domat est aussi muet que Pothier sur le chapitre de la personnalité juridique des sociétés civiles. Béranger, dans la discussion en Conseil d'Etat, sur l'article 529 du Code civil, *contestait indirectement la personnalité juridique des sociétés civiles*, d'où il résulte qu'à l'époque de la discussion du Code civil, les jurisconsultes étaient divisés sur cette question. Aubry et Rau, dans leur *Cours de droit civil*, ont repoussé, par des arguments très forts, la personnalité des sociétés civiles ².

1. Pothier, *Traité des Sociétés*, chap. 1 § 1, n° 2.

2. Aubry et Rau, *Cours de droit civil français*, d'après la méthode Zachariae, 4^e édit., 1878, t. IV, p. 546 « quant au terme *société*, employé dans les articles du C. civ. il faut pour en saisir le véritable sens distinguer ce qui n'est que simple image, forme plus commode ou plus abrégée du langage, de ce qui tient au fond et à la substance même des choses. Dans toute société, il peut y avoir opposition entre les intérêts individuels de chaque associé, et les intérêts communs de tous les associés pris collectivement. C'est uniquement pour désigner ces intérêts communs que la loi se sert du mot *société*. Ce qui le démontre c'est que ce mot ne se trouve que dans les dispositions

« Dans toute société, il peut y avoir opposition entre les intérêts individuels de chaque associé et les intérêts communs de tous les associés pris collectivement. C'est uniquement pour désigner ces intérêts communs que la loi se sert du mot société ¹. »

légales qui statuent sur les rapports respectifs des associés les uns à l'égard des autres, et qui disparaît pour faire place à celui des associés, dans les articles 1862 à 1864 qui s'occupent des engagements des associés à l'égard des tiers. Il existe d'ailleurs dans notre titre même diverses dispositions qui repoussent, pour les sociétés civiles toute idée de personnalité juridique. Tel est l'art. 1849 qui suppose que les créances sociales sont, même pendant la durée de la société, divisées de fait entre les divers associés, ce qui serait inadmissible si la société de ces créances résidait, ainsi que cela a lieu dans les sociétés commerciales, sur la tête de la société considérée comme personne morale. Les art. 1862 et 1863 sont encore plus péremptoirs. Il en résulte d'un côté que le créancier d'une dette sociale ne peut demander à chaque associé que sa part dans la dette et qu'il n'est pas admis à refuser une part distincte qui lui serait offerte par l'un des associés, ce qui ne saurait avoir lieu si le créancier avait pour débitrice la société comme personne morale, puisque dans cette hypothèse on retomberait sous l'application des art. 1220 et 1244. D'un autre côté, l'art. 1863 accorde aux créanciers d'une dette sociale, une action directe et principale contre chacun des associés personnellement. Or, une pareille action pourrait-elle appartenir au créancier s'il avait pour débitrice la société comme personne morale ? N'est-il pas évident que, dans cette supposition, il ne jouirait, ainsi que cela a effectivement lieu dans les sociétés commerciales, que d'un recours subsidiaire contre les associés ? »

P. 547 : « La propriété des objets composant le fonds commun réside sur la tête des divers associés qui sont chacun individuellement, copropriétaires de ces objets, dans la proportion de leurs mises. Chaque associé peut donc, sauf les effets du partage, hypothéquer, pendant la durée de la société, sa part indivise dans les immeubles communs. La part de chaque associé dans une société dont le fonds commun comprend des immeubles constitue en ce qui concerne ces immeubles, un droit immobilier. »

P. 548 *in fine* : « Par conséquent, l'art. 529 C. civ. ne s'applique pas aux parts des associés dans les sociétés civiles ordinaires, c'est-à-dire qui n'ont pas été organisées pour fonctionner sous la forme commerciale. »

D'ailleurs, cet article ne parle pas de sociétés en général, mais seulement des compagnies de commerce, de finance ou d'industrie et de la discussion au Conseil d'Etat résulte que la règle énoncée dans cet article est étrangère aux sociétés civiles ordinaires.

548 al. 2 : « Les associés doivent figurer en nom propre et individuel dans les instances relatives aux affaires sociales. Ils ne seraient pas à considérer comme ayant été dûment représentés par l'associé administrateur qui aurait seul figuré dans les actes de la procédure. »

1. P. Pont, *Commentaire-traité des sociétés civiles et commerciales*, 2 vol. 1872-1880, t. I, n° 126.

105. Il y a d'autres auteurs qui admettent la personnalité juridique de la société civile¹. Ils justifient leur attitude, au point de vue historique, par le droit romain qui, d'après eux, admettait la personnalité des sociétés, même de caractère privé. Troplong croit que non seulement le droit romain reconnaissait la personnalité aux sociétés, mais que l'ancien droit français donnait cette faculté même aux sociétés de nature civile. Les auteurs qui sont *partisans de la reconnaissance de la personnalité juridique aux sociétés civiles* en interprétant les dispositions du Code civil, invoquent comme arguments décisifs les articles 1845, 1846, 1847, 1848, 1851, 1852, 1859 et 1867 du Code civil, *qui mettent en opposition la société et les associés*. Aujourd'hui, la grande majorité des auteurs, en se fondant sur l'*interprétation excessive des dits articles* et, surtout, sur les *avantages pratiques découlant de la personnalité*, *admettent*, avec une jurisprudence constante, la personnalité juridique des sociétés civiles.

106. La question de savoir si les sociétés commerciales ont ou non la personnalité juridique a été résolue par l'affirmative par la quasi-unanimité des auteurs. Depuis le Code civil, tant la doctrine que la jurisprudence, en invoquant l'article 529 du Code civil et l'article 69, alinéa 7, du Code de procédure civile, affirment la personnalité des sociétés commerciales². D'après l'article 529, alinéa 1^{er} du Code civil, « sont meubles par détermination de la

1. Troplong, *Du contrat de société civil et commercial*, 2 vol., 1843, t. 1, n° 58.

2. A. Colin et H. Capitant, *op. cit.*, p. 618. V. aussi Lyon-Caen et Renault, *op. cit.*

loi les actions ou intérêts dans les compagnies de finance, de commerce ou d'industrie, encore que des immeubles dépendant de ces entreprises appartiennent aux compagnies. Ces actions ou intérêts sont réputés meubles à l'égard de chaque associé seulement, tant que dure la société. » Par conséquent, on peut conclure que *le droit de l'associé d'une société ayant des immeubles étant mobilier*, les immeubles appartiennent non pas aux associés, mais à un *être juridique qui est la société*.

Cette interprétation est critiquée par des auteurs comme E. Thaller et J. Percerou : « Le raisonnement précédent n'est pas décisif. Le Code n'a pas voulu dessaisir les associés de la propriété qu'ils ont sur les immeubles de la société, pour transporter celle-ci à un être différent. Mais il a senti que la mise d'immeubles en société entraînait l'attribution aux associés, les uns vis-à-vis des autres, de droits nouveaux résultant du contrat de société et tendant à faire observer mutuellement les prestations diverses nécessairement mobilières qui y sont contenues (*bénéfices à recueillir, concours aux délibérations*, etc.) Ces prestations sont si importantes que le droit de propriété s'y subordonne et devient mobilier comme elles. La part sociale, pour être traitée comme meuble, a été considérée non par rapport au droit de chaque titulaire sur le capital (*jus in re*) mais par rapport à la créance qu'il a contre ses coassociés (*jus in personam*) ¹. »

107. C'est, ensuite, l'article 69, alinéa 6, du Code de procédure civile : « Les sociétés de commerce sont assignées,

1. E. Thaller et J. Percerou, *op. cit.*, pp. 208 et 209, n° 284, 285 et 286.

tant qu'elles existent, en leur maison sociale », qu'on invoque pour prouver l'existence de la personnalité juridique des sociétés de commerce. En effet, s'il n'y avait pas de personne morale distincte de la personne des associés, il faudrait assigner ces derniers personnellement, en vertu de l'adage « *nul en France ne plaide par procureur* ». « Cette démonstration, continuent les auteurs cités plus haut, n'est pas meilleure que la précédente. Les associés ont donné par l'acte de société pouvoir à leur gérant qui occupe le siège social de recevoir citation en leur nom à tous. Le demandeur argue de cette représentation pour se dispenser de les assigner par voie cumulative. Il y a dérogation au principe habituel de procédure... Des assignations multiples seraient inutiles, coûteuses et lentes. » Il faut, par conséquent, « dans notre droit moderne, reconnaître deux sortes de copropriétés, régies par des règles différentes : la propriété commune ou indivise ordinaire et la *propriété collective*. Celle-ci obéit à un statut perfectionné par rapport à l'autre. Le régime de la propriété collective aboutit à peu près à tous les résultats qu'on rattache à la personnalité morale. »

Malgré cette interprétation donnée par les auteurs précités, la doctrine et la jurisprudence ne cessent pas de considérer les sociétés commerciales comme revêtues de la personnalité juridique. En effet, pour détourner le sens véritable des articles cités, qu'on invoque même pour soutenir — indirectement, d'ailleurs, — la personnalité des sociétés civiles, il faut recourir à une explication trop souple et, quelquefois, excessive qui n'a certainement pas guidé le législateur. D'ailleurs, on verra plus tard qu'il y a une *différence notable entre la conception*

de la personnalité juridique et ses conséquences et la notion de propriété collective. La première offre, dans ces conséquences juridiques, des avantages pratiques plus nombreux que la deuxième. On ne saurait comprendre alors un *raisonnement qui milite pour l'inexistence de la personnalité juridique des sociétés*, conception juridique caractérisée par son utilité, — puisqu'on peut la prouver par d'autres arguments que la propriété collective qui, dit-on, est cachée sous la forme de ce qu'on appelle personne morale.

§ 2. — L'ÉVOLUTION DE LA JURISPRUDENCE FRANÇAISE
CONCERNANT LA PERSONNALITÉ JURIDIQUE DES SOCIÉTÉS
ET ATTITUDE DE LA JURISPRUDENCE ÉTRANGÈRE A CET ÉGARD

108. Généralités ; la personnalité juridique des sociétés commerciales. — 109. Etapes de la jurisprudence française à l'égard de la personnification des sociétés civiles. — 110. Observations générales en droit comparé. — 111. La doctrine et la jurisprudence belges sur la personnalité juridique des sociétés. — 112. La doctrine et la jurisprudence italiennes. — 113. L'attitude de la doctrine et de la jurisprudence roumaines au sujet de la personnalité des sociétés. — 113bis. Observations critiques en droit comparé.

108. L'attitude de la jurisprudence française a varié de diverses façons à l'égard de la reconnaissance de la personnalité juridique des sociétés. Si elle l'a reconnue d'une façon constante aux sociétés commerciales sauf à l'association en participation, par interprétation des articles 529, alinéa 1, du Code civil, et 69, alinéa 6, du Code de procédure civile, elle l'a, tout d'abord, refusée aux sociétés civiles. En admettant la personnalité juridique des sociétés commerciales, la jurisprudence française a obéi non seulement à *un raisonnement qui se dégage de l'esprit des articles cités*, mais encore à des raisons d'ordre pratique, en confirmant, une fois de plus, qu'il

est de l'essence même de ces sociétés de constituer un être distinct de celui des associés. Aussi, trouvons-nous toute une jurisprudence consacrant cette idée ¹.

En même temps, la jurisprudence française s'est efforcée, jusqu'à la loi du 9 septembre 1919, dont l'article 5 décide que l'exploitation des mines est considérée comme acte de commerce, *de douer les sociétés ayant pour objet l'exploitation des mines* — objet qui était de nature civile avant cette loi — *de la personnalité juridique* ². La jurisprudence a eu la même attitude à l'égard des sociétés civiles à forme commerciales constituées avant la loi du 1^{er} août 1893 ³. En ce qui concerne les sociétés coopératives qui se constituent conformément aux dispositions relatives aux sociétés à capital variable, à partir de la loi du 24 juillet 1867, elles ont été considérées comme revêtues de la personnalité juridique, même lorsqu'elles n'ont pas la nature d'une véritable société ⁴.

109. Nous avons vu que la majorité de la doctrine a longtemps été hostile à la reconnaissance de la personnalité juridique des sociétés civiles. Aussi, la jurisprudence a beaucoup varié à cet égard. Quelquefois, et sporadiquement au début, elle reconnaissait la personnalité de ces sociétés. Mais, le plus souvent, elle la repoussait ou l'admettait avec des restrictions plus ou moins nombreuses.

En général, la jurisprudence française, jusqu'à la moi-

1. Voir notamment Cass., 20 mars 1900, D. 1901.1.477; Cass., 5 févr. 1901 D. 1902.1.41; Cass., 7 mai 1902, D. 1902.1.286.

2. Cass., 16 juin 1891, D. 1892.1.321, voir aussi note 1 du n° 49.

3. Trib. com. Seine, 10 nov. 1891, Pand. fr. 1893.2.123; voir aussi sur la portée de la loi du 1^{er} août 1893, n° 49, p. 24.

4. Cass., 28 févr. 1894, P. fr. 1895.1.309; Cass., 15 janv. 1890, J. S., 1895, 170; Cass., 29 avril 1901, S. 1902.1.5. Cons. aussi n° 37 et les notes.

tié du XIX^e siècle, admettait la personnalité juridique des sociétés civiles. Mais cette reconnaissance est *partielle et arbitraire*. En effet, la jurisprudence refuse de reconnaître certains effets principaux qui devraient découler normalement de la reconnaissance de la personnalité juridique¹.

Ainsi, bien que les arrêts personnifient les sociétés civiles, *ils ne paraissent cependant pas avoir pris l'expression de personnalité juridique dans son acception rigoureuse*. Ils emploient le mot de personnalité juridique en en admettant quelques conséquences juridiques, mais en refusant d'admettre, par exemple, que la société personne morale *puisse être représentée en justice par ses administrateurs*. A partir de la moitié du XIX^e siècle, la jurisprudence reconnaît la personnalité juridique des sociétés civiles avec toutes les conséquences qui en découlent. « Attendu qu'il est de l'essence de semblables associations (*il s'agit d'une société de chasse*), aussi bien que des associations commerciales, de créer, au profit de l'individualité collective, des intérêts et des droits propres et distincts des intérêts et des droits de chacun de ses membres, que, dès lors, ces sociétés constituant une personne civile, peuvent agir en justice dans les formes et conditions réglées dans leurs statuts, puisque la loi ne leur interdit, par aucune disposition, de se constituer des représentants pour leurs rapports avec les tiers et qu'elle n'indique pour cette constitution aucun mode spécial ; qu'il suit de là que, lorsqu'elles agissent ainsi, elles plaident, non par procureurs, mais

1. Cass., 8 nov. 1836, S. 36.1.811 ; Cass., 21 juill. 1854, S. 54.1.489.

par elles-mêmes. » C'est ainsi que se prononce un arrêt de la Cour de cassation ¹.

Cet état de choses dure jusqu'à la loi du 24 juillet 1867. A partir de cette date, la jurisprudence commence à abandonner le principe admis et soutenu par elle auparavant et refuse la personnalité juridique aux sociétés civiles. En effet, cette loi favorise la constitution et l'extension des sociétés commerciales, au détriment des sociétés civiles. La jurisprudence, cependant, ne poursuit pas toujours la même voie. Dans deux arrêts célèbres de la fin du XIX^e siècle, et jusqu'à aujourd'hui, elle ne cesse pas de considérer les sociétés civiles comme douées de la personnalité juridique; en même temps, elle en admet toutes les conséquences juridiques ². Dans le premier arrêt (celui du 23 février 1891), la Cour de cassation s'exprime dans ces termes : « Attendu qu'il est de l'essence des sociétés civiles, aussi bien que des sociétés commerciales, de créer, au profit de l'individualité collective, des intérêts et des droits propres et distincts des intérêts et des droits de chacun de ses membres ; que les textes du Code civil (notamment les articles 1850, 1852, 1867, 1845, 1846, 1847, 1848, 1855 et 1859) personnifient la société d'une manière expresse, en n'établissant jamais des rapports d'associé à associé, et en mettant toujours les associés en rapport avec la société, que les sociétés civiles constituent, tant qu'elles durent, une personne morale, laquelle est propriétaire du fonds social... » Il en résulte donc que la jurisprudence française, *par une évolution*

1. Cass., 18 nov. 1865, D. 1865.1.455.

2. Cass., 23 févr. 1891, D. 1891.1.337; Cass., 2 mars 1892, D. 1893.1.169, Cass., 2 janv. 1894, S. 1894.1.129; Cass., 25 avril 1910, D. 1911.1.473; Cass., 22 nov. 1911, D. 1913.1.83.

et une interprétation de caractère dynamique, a rétabli l'existence et la personnalité juridique des sociétés civiles qui, d'après certains auteurs, prend ses racines dans le droit romain et dans l'ancien droit français. *Cette jurisprudence est devenue constante.*

110. La question de l'admission de la personnalité juridique des sociétés est réglée différemment en droit comparé.

Si on examine cette question au point de vue des sociétés commerciales, on voit que les législations latines, aussi bien que les législations germaniques, ne se refusent pas, dans l'ensemble, à reconnaître l'existence d'une personne juridique distincte de celle des associés considérés individuellement. Au contraire, lorsqu'il s'agit des sociétés civiles, la *doctrine*, la *législation* et la *jurisprudence* varient selon les différents pays. Ainsi, par exemple, la majorité de la doctrine et de la jurisprudence des pays de législation latine refuse d'admettre la personnalité juridique des sociétés civiles. C'est le cas, notamment, de la doctrine et de la jurisprudence belge, italienne et roumaine. D'autres législations, spécialement la législation allemande, n'admettent pas la personnification des sociétés civiles, et les font gouverner par d'autres principes. C'est le cas de la *Gesammte Hand* du droit allemand, qui est la base du fonctionnement de la société civile.

111. En Belgique, la doctrine *refuse nettement la personnalité juridique des sociétés civiles*. Les auteurs tirent surtout leurs arguments décisifs de l'interprétation des dispositions des articles du Code civil et des diffé-

rentes lois concernant la société¹. Aussi, la jurisprudence belge, après avoir reconnu un instant leur personnalité², a changé d'opinion et se rallia définitivement, à partir de 1855, à la solution proposée par l'unanimité de la doctrine³. Le législateur belge, qui a révisé le Code commercial par la loi du 18 mai 1873, en se fondant sur la doctrine et la jurisprudence, est parti de l'idée de la négation de la personnalité juridique des sociétés civiles. En effet, des déclarations du législateur à propos de l'article 2 de la dite loi, *il résulte que les sociétés civiles ne sont pas, en principe, revêtues de la personnalité juridique*⁴. On pourrait ajouter encore un argument en ce sens qui découle, indirectement d'ailleurs, de l'interprétation de l'article 136 de la loi de 1873, modifié par l'article 187 de la loi de 1886, d'après lequel *les sociétés civiles ayant pour objet l'exploitation des mines, minières et carrières et adoptant la forme commerciale*, tout en restant des sociétés civiles quant à leur objet, deviennent par là même des personnes juridiques⁵.

Mais une loi du 14 juin 1926 a modifié l'alinéa 1^{er} de l'article 187 de la loi de 1886 qui est maintenant libellé comme suit : « Les sociétés dont l'objet est de nature

1. Ihering, *Les sociétés civiles constituent-elles des personnes juridiques ? Revue critique*, 1854, t. V, p. 142 et 1856, t. VII, p. 289; Hans, *Les sociétés civiles ne sont pas des personnes morales, Belge judiciaire*, 1855, p. 33. — Textes de lois : C. civ., titre IX, art. 1832 à 1873 décrété le 17 ventôse an XII (8 mars 1804) et promulgué le 27 ventôse an XII (18 mars 1804); Code de commerce, titre IX, lois des 18 mai 1873, 26 déc. 1881, 22 mai 1886, 16 mai 1901 et 25 mai 1913 modifiées par un arrêté royal du 22 juill. 1913 et modifiées par les lois des 30 oct. 1919, 14 juin et 29 juill. 1926 et 23 juill. 1927.

2. Voir Cass., 30 avril 1853, Pas., 1853.1.287.

3. Cons. spécialement Cass., 22 juin 1855, Pas., 1855.1.346; Cass., 17 mai 1862, Pas., 1862.1.274; Cass., 17 juin 1864, Pas., 1865.1.37; Cass., 10 juin 1866, Pas., 1867.1.53; Cass., 20 oct. 1868, Pas., 1869.1.136.

4. *Commentaires législatifs*, t. II, n° 5 et 97 et t. II, n° 47.

5. Cons. A. Nyssens et J. Corbiau, *op. cit.*, t. I, n° 355, pp. 290 et 291; Corbiau, *Rev. prat. des sociétés*, 1906, n° 1741, p. 289.

civile peuvent, sans perdre ce caractère, emprunter les formes de sociétés commerciales en se conformant aux dispositions du présent titre¹. »

Cette loi a eu pour effet d'étendre l'application de la personnalité juridique aux sociétés civiles. En effet, depuis cette date, *toutes les sociétés civiles constituées sous forme commerciale sont des personnes morales*. Signalons, en passant, qu'il y a encore d'autres lois spéciales qui accordent la personnalité aux sociétés civiles. En principe, cependant, elles n'ont pas la personnalité juridique et les cas que nous avons rapportés ne sont que des exceptions, assez nombreuses d'ailleurs, *au principe de la non-personnification des sociétés civiles*.

Par conséquent, en Belgique, les sociétés civiles, sauf les exceptions édictées par la loi, ne sont pas des personnes juridiques distinctes de la personnalité des associés. Dès lors, les associés sont propriétaires indivis des biens qui forment le fonds social². De plus, ces sociétés, même si elles sont considérées comme des personnes juridiques à l'étranger, ne peuvent avoir capacité pour agir en justice en Belgique, par l'intermédiaire de ses administrateurs. Un arrêt du 16 décembre 1911, rendu sur une question concernant la Société des auteurs et compositeurs dramatiques français, société qui, en France, jouissait de la personnalité juridique, a déclaré le recours *non recevable* en ces termes: « ... Que la circonstance que les tribunaux français interprétant différemment une même législation, ont reconnu aux sociétés civiles une capacité suffisante pour se présenter en jus-

1. Pas., 1926.1.405; *Mon. belge*, 27 juin 1926.

2. Cass., 18 mai 1910, Pas., 1910.1.280.

tice, soit comme défendeurs, soit comme demandeurs, est inopérante pour faire accorder par les tribunaux belges aux sociétés civiles constituées en France un traitement différent de celui réservé aux sociétés civiles constituées en Belgique¹. »

Depuis cette date, la jurisprudence n'a pas varié ; la question, tant en doctrine qu'en jurisprudence, ne se discute plus en Belgique.

112. En droit italien comme en droit belge, la société civile ne donne pas naissance à un être collectif et autonome. *Il n'y a pas un nouveau sujet juridique distinct de la personne de chaque associé.* C'est là précisément — à part la diversité de l'objet — ce qui constitue la distinction fondamentale entre les sociétés civiles et les sociétés commerciales. On invoque généralement, en faveur de la reconnaissance de la personnalité juridique, les arguments tirés des dispositions des articles 1709, 1710, 1712, 1713 à 1716, 1723 et 1731 du Code civil italien. On ajoute encore à ces arguments de textes, qui sont d'ailleurs aussi ceux de la jurisprudence et de la doctrine françaises, *l'utilité pratique de la reconnaissance de la personnalité juridique*, car c'est une condition essentielle de la prospérité de la société civile. On allègue, en outre, que la société civile a toutes les caractéristiques d'une personne morale. Son *unité intellectuelle ou juridique* et sa *base réelle constituée* soit par une *masse de biens*, soit par une *association de personnes*, sont si évidentes qu'elles se passent de toute démonstration.

Malgré cette argumentation, la doctrine dominante et

1. Bruxelles, 16 déc. 1911, Pas., 1912.2.208,

la jurisprudence constante, en Italie, *refusent* d'admettre la personnalité juridique des sociétés civiles. Elles sont dépourvues de cette qualité, dont jouissent les sociétés commerciales, car l'inexistence de la personnalité juridique ressort de l'interprétation des articles 1712 et 1724 du Code civil italien et elle est exclue complètement par les articles 1713, 1726 et 1727 du Code civil italien. En outre, l'article 418 du Code de commerce italien, en reconnaissant formellement la personnalité juridique des sociétés commerciales, l'a refusée implicitement aux sociétés civiles. Cette interprétation est confirmée d'ailleurs par les *Relazione* de Pisanelli, t. I, p. 2, qui s'exprime en ces termes : « Non si è stimato comprendere nel detto articolo le società civili. O si tratta di quel contratto di società ch'è regolato dal Codice civile, ed eddo si risolve nelle relazioni dei soci tra loro, oppure ma non presuppone il concetto di un ente morale, anzi lo esclude. O sotto il nome di società civile, in contrapposto alle commerciali si vuole intendere ogni altra società che non abbia per oggetto il commercio, ed allora si entra in un campo indeterminato e oscuro ¹. »

113. La doctrine et la jurisprudence roumaines, en invoquant les mêmes arguments de principe que la doctrine et la jurisprudence belges et italiennes, concluent à la non-personnification de la société civile. En effet, des dispositions des articles du Code de commerce sur les sociétés, il ressort que les sociétés commerciales, et

1. Salvatore, *Rivista di diritto civile*, III, 1911, p. 681 et suiv.; Emidio Pacifici-Mazzoni, *op. cit.*, t. II, pp. 388 et suiv.; Giorgio Giorgi, *Theoria delle obbligazioni nel diritto moderno italiano*, Firenze, 1907 et *Dottrina*, t. I, t. VI, n° 148 et suiv. Cons. aussi : Vincenzo Simoncelli, *op. cit.*

cela par opposition avec les sociétés civiles, constituent des personnes juridiques. La doctrine roumaine, en concordance avec une jurisprudence constante, *en posant comme axiome de droit public interne le principe que seul l'Etat peut créer par fiction des sujets de droit* (c'est-à-dire appliquant la *théorie de la fiction légale*), et constatant qu'aucun texte de loi ne personnifie la société civile, *refuse de la douer de cette qualité primordiale*¹.

113 bis. De cet examen général de la doctrine et de la jurisprudence étrangères, il résulte avec évidence qu'en dehors du fait que la société civile est réglementée par des dispositions inspirées du Code civil français, incomplètes, archaïques et correspondant mal aux exigences de la vie pratique, s'ajoute encore un empêchement à son fonctionnement découlant du refus de sa personification. La jurisprudence française, par son caractère dynamique, ainsi que nous l'avons constaté, se sépare sur ce point des autres jurisprudences latines. Ces dernières, en interprétant à la lettre les dispositions de la loi et en ignorant les avantages pratiques qui peuvent résulter de la personnalité juridique, réduisent le champ d'application et entravent le bon fonctionnement des sociétés civiles.

§ 3. — LES CONSÉQUENCES ET LES INTÉRÊTS PRATIQUES DÉCOULANT DE LA PERSONNALITÉ JURIDIQUE DES SOCIÉTÉS

114. Le patrimoine de la société personne morale. — 115. Le caractère du droit des associés dans la société. — 116. Autres conséquences.

114. Au point de vue pratique, peu importe ce que l'on

1. Cantacuzino M., *Elementele dreptului civil*, Bucuresti, 1921.

entend par la nature juridique de la personnalité morale, du moment que l'on admet que les sociétés en sont revêtues, car les intérêts qui en découlent et qui s'attachent à *la distinction entre les biens d'une société personne juridique et les biens soumis au régime de la communauté indivise* restent complètement différents.

La société, personne juridique, a un *patrimoine propre*, distinct de celui de chacun des associés. La *gestion* de ce patrimoine, confiée à un ou plusieurs *administrateurs*, est organisée suivant un régime unitaire. Les immeubles de la société échappent *aux actes de disposition des associés*. En cas de partage des biens sociaux, l'effet déclaratif de celui-ci remonte seulement à la date de dissolution de la société. Au contraire, si la société n'était pas revêtue de la personnalité juridique, les biens sociaux resteraient soumis au *régime de l'indivision*. Dans ce cas, chaque associé, étant copropriétaire indivis des biens sociaux, pourrait, sous réserve de l'effet déclaratif du partage inscrit dans l'article 883 du Code civil, faire des *actes de disposition* sur sa part. Il pourrait hypothéquer de son chef les immeubles sociaux. L'effet déclaratif du partage remonterait au jour de la constitution de la société ou, s'il y avait des biens acquis postérieurement, au jour de leur acquisition. Enfin, si la société n'était pas une personne morale, il faudrait que chaque associé figurât en son nom propre dans l'instance, car *nul en France ne plaide par procureur*¹.

115. Les associés d'une société personne juridique *sont dessaisis* des droits réels qu'ils possédaient avant l'exis-

1. Req., 2 mars 1892 déjà cité, D. 1893.1.169ç Cass., 15 janv. 1896, S. 1896.1.455; Wahl, note S. 1898.2.185.

tence de la personne morale. L'ensemble de ces droits forment le *patrimoine social*. Ce dessaisissement, lorsqu'il s'agit d'une association, est *définitif*. En matière de société, il n'est pas définitif, car, en dehors du fait que les associés ont droit aux bénéfices réalisés par la société, ils prennent part, après la dissolution de la société, *au partage des biens sociaux*. Par conséquent, l'associé ne conserve pas un droit réel sur le bien apporté par lui dans la société, mais seulement un *droit de créance*, c'est-à-dire un *droit mobilier*. La loi du 21 avril 1810 sur les mines l'avait du reste expressément déclaré dans son article 8, dernier alinéa, pour la société de mines.

De la transformation de ce droit réel en droit de créance, il s'ensuit que, pour la transmission d'une part sociale, — lorsqu'elle n'est pas défendue, — la capacité d'aliéner les meubles suffit et qu'elle tombe, conformément aux dispositions de l'article 1401 du Code civil, dans la communauté conjugale. De plus, elle appartiendra au légataire des meubles, à l'exclusion de celui des immeubles.

Inversement, si la société n'est pas douée de la personnalité juridique, le droit des associés sur les biens mis en commun reste un droit réel et est par conséquent soumis, en cas de cession, aux règles de transmission des biens, sous le régime de l'indivision ordinaire. En cas de mariage de l'associé sous le régime de la communauté légale, sa part sociale ne tombe dans la communauté que pour la part mobilière.

116. Le patrimoine social ayant comme propriétaire la société personne morale, *il servira de gage exclusif aux créanciers sociaux*. Au contraire, les créanciers per-

sonnels des associés auront pour gage le patrimoine particulier de leurs débiteurs ¹. La jurisprudence décide, au cas où l'un des associés exerce une tutelle, que l'hypothèque légale de son pupille ne grève pas l'immeuble faisant partie de la société ². Si le patrimoine social n'était pas soumis au principe de la personnalité juridique, en cas de vente de ce patrimoine, les créanciers sociaux devraient subir le concours des créanciers personnels des associés.

En cas de société personne juridique, *aucune compensation ne peut se produire lorsqu'un tiers est créancier d'un associé et en même temps débiteur de la société ou inversement* ³. La société, avant et même après sa dissolution, sera assignée à la personne de ses administrateurs ou liquidateurs au siège social ⁴. Etant personne morale, elle aura, en principe, une capacité sans limite. La doctrine a cependant contesté la capacité de recevoir à titre gratuit pour les sociétés civiles et commerciales ⁵. Malgré cette controverse, la jurisprudence n'a pas cessé de permettre aux sociétés de recevoir des dons et legs ⁶.

1. Cons. note S. 1924.1.353.

2. Req., 22 fév. 1898, D. 1899.1.593.

3. Douai, 15 juin 1896, *J. S.*, 1896, 422; Cass., 7 févr. 1905, 1906.1.15.

4. Cass., 15 janv. 1896, S. 1896.a.77; Lyon, 27 fév. 1913, *J. S.*, 1913, 504.

5. Lyon-Caen et Renault, *op. cit.*, t. II, n° 118; Capitant, *Intr. à l'étude...*, *op. cit.*, p. 188; Planiol, note D. 1895.1.217; Meynial, note S. 1896.1.130.

6. Cass., 2 janv. 1894, D. 1894.1.81; Cass., 29 oct. 1891, D. 1896.1.145, note Thaller; Cass., 29 nov. 1897, D. 1898.1.108. — La capacité de recevoir à titre gratuit est soumise à certaines formalités quand il s'agit de l'Etat ou de ses démembrements; lorsqu'il s'agit des établissements publics, elle est soumise aux règles du principe de la spécialité. Cette capacité est refusée aux associations déclarées sauf le droit de recevoir des subventions de l'Etat, des départements ou des communes (loi de 1901, art. 6); et enfin elle est refusée complètement aux associations non déclarées (loi de 1901, art. 2). On a soutenu que les sociétés, pour accepter des libéralités, étaient soumises, elles aussi, comme les établissements publics, à l'art. 910 du C. civ. Aujourd'hui cette opinion est abandonnée, car les sociétés ne sont pas considérées comme personnes de mainmorte. Au contraire leur but lucra-

Ce sont là les conséquences générales dérivant de la reconnaissance de la personnalité juridique des sociétés. Elles se traduisent par de nombreux intérêts pratiques dont nous avons cité les principaux. Ce qui se dégage de cette étude, c'est que les biens soumis au régime de la société personne juridique, en dehors de leur *administration de caractère unitaire*, présentent une *supériorité de réglementation* sur le régime de la communauté indivise.

Section V. — Le principe de la « *Gesammte Hand* » dans le droit allemand.

§ 1. *L'origine et les caractères de la *Gesammte Hand*.* — § 2. *Rapports et différences entre la *Gesammte Hand*, la personnalité juridique et l'indivision.*

§ 1. — L'ORIGINE ET LES CARACTÈRES DE LA « *GESAMMTE HAND* »

117. Généralités, sur la *Gesammte Hand*. — 118. Son fonctionnement et sa dissolution.

117. En droit allemand, le principe qui gouverne la société civile en général, étant le fondement constitutif de celle-ci, est la notion de *Mitheigenthum zu gesamfter Hand*, dont la traduction en langue française correspond à la *propriété en main commune*. Si ce principe est à la base de la société civile, cela ne veut pas dire que le droit allemand refuse la personnalité juridique des associations et des sociétés. Au contraire, nous verrons

tif les rend d'une existence parfois très courte, et à cause de cela, elles n'ont jamais été vues d'un œil défavorable par le législateur. Voir aussi nos remarques aux numéros relatifs à la distinction entre l'association et la société.

que les associations, en général, et les sociétés commerciales, en particulier, sont douées de la personnalité juridique.

La notion du *Mitheigenthum zu Gesammter Hand* est purement germanique. Elle puise ses sources dans les lois barbares et s'est maintenue sur le territoire germanique jusqu'à nos jours, régissant très longtemps la propriété foncière. Une de ses caractéristiques principales, c'est le fait d'avoir à sa base une communauté juridique de personnes. Lorsqu'il s'agit de la *Gesammte Hand*, « on a en vue cette idée que plusieurs personnes dans leur ensemble, formant un groupe uni par un lien juridique, sont sujettes de droits et d'obligations ¹ ». Ce groupe n'a cependant pas les caractères d'une personne morale et ses membres ne sont pas non plus unis entre eux par un simple lien de copropriété. Le principe de la *Gesammte Hand* est une institution juridique intermédiaire entre la notion de personnalité juridique et la simple communauté indivise. « Le nom de cette institution lui vient d'un ancien usage juridique : lorsqu'ils agissaient en commun, les membres de ces communautés, pour rendre évident le lien qui les unissait entre eux, joignaient leurs mains ensemble. C'est pourquoi on l'appelle aussi *gemaine Hand*, *eine Hand*, *conjuncta manus*, *per manus* ². »

L'origine de la *Gesammte Hand* étant le groupement familial et surtout la coutume de conserver les biens familiaux dans la famille, on comprend aisément pourquoi les droits individuels des communistes sont con-

1. Louis Masse, *op. cit.*, p. 8.

2. Louis Masse, *op. cit.*, p. 9.

fondus de telle manière qu'ils donnent naissance à une sorte d'*unité patrimoniale*. Cette unité patrimoniale échappe à la libre disposition de chacun des communistes, tant que dure la communauté. Les droits individuels des communistes dans la *Gesammte Hand* ne sont même pas idéalement représentés. A l'extérieur, elle apparaît comme une *unité de droit capable en quelque sorte de se manifester et d'agir*. Elle est composée des droits et des biens appartenant en commun aux communistes. Mais cette unité n'est pas une personne unique comme sujet de droit, c'est une pluralité de personnes — *Personenmehrheit* — ce que Giercke appelle : *eine geeinte Vielheit und eine Kollektive Einheit*, *collectivité unifiée ou unité collective*¹.

118. En ce qui concerne les actes de disposition, le concours de tous les *Gesammthaender* qui forment cette unité appelée *Gesammte Hand* est nécessaire pour être efficace quant à ses effets juridiques. « La naissance de droits et d'obligations relatifs aux biens est subordonnée au concours de tous et, c'est là le point capital, l'acte d'un seul est inopérant, même pour sa part². » L'administration du patrimoine collectif est *commune*. Elle peut, nonobstant la nature de la *Gesammte Hand*, être confiée à un ou plusieurs administrateurs communistes qui agiront en cette double qualité.

Les causes de dissolution de la *Gesammte Hand* peuvent être indépendantes de la volonté des *Gesammthaender* ou bien résulter de la convention. L'effet principal

1. Louis Masse, *op. cit.*, p. 37.

2. P. Verdelot, *po. cit.*, p. 23.

découlant de la dissolution de cette institution juridique est la *disparition du groupement de personnes et de la communauté de biens*¹. Mais, jusqu'à la complète disparition, les règles caractéristiques de la *Gesammte Hand* seront applicables à l'état de liquidation. En d'autres termes, on pourrait dire que *l'unité du patrimoine commun continue à subsister pour la réglementation de la liquidation*. Quant au groupement de personnes, il subsiste seulement dans la mesure des nécessités de la liquidation.

§ 2. — RAPPORTS ET DIFFÉRENCES ENTRE LA « GESAMMTE HAND », LA PERSONNALITÉ JURIDIQUE ET L'INDIVISION

119. La *Gesammte Hand* et la personnalité juridique. Rapports et différences. — 120. L'indivision par opposition à la *Gesammte Hand*.

119. Malgré ses caractères qui la rapprochent de l'institution juridique de la personnalité morale, la *propriété en main commune — Gesamte Hand* — en diffère sensiblement. Lorsqu'il s'agit d'une personne juridique, c'est elle la seule *propriétaire des biens sociaux* et non pas les associés pris individuellement ou collectivement. Elle seule est sujet de droit, capable, par l'intermédiaire de ses administrateurs, de disposer du patrimoine social. Son unité se trouve dans ce que nous avons appelé *l'organisme social*. Etant sujet de droit, elle aura donc la capacité juridique dont nous avons parlé. Au contraire, dans la *Gesammte Hand*, il n'y a pas une personne juridique distincte de celle de ses membres. Ce sont tous les

1. Louis Masse, *op. cit.*, p. 65.

Gesammthaender et leurs biens communs qui forment à l'extérieur ce qu'on pourrait appeler une *unité juridique*. Par conséquent, il n'y aura pas de droits séparés. Tous les membres sont propriétaires de biens communs, de telle manière que leurs parts sont confondues, sans être même idéalement représentées. Il en résulte donc que *c'est la volonté de tous les membres qui est opérante quant aux biens communs*. La personne juridique manifeste sa volonté par une représentation constituée par « un organisme corporatif ¹ ».

L'administration de la *Gesammte Hand* se trouve dans les mains des *Gesammthaender*. Il n'y a pas besoin d'établir, comme pour la personne morale, un *organisme agissant*, parce qu'il s'agit d'un sujet de droit *sui generis* qui ne peut pas se distinguer par son unité de la collectivité des *Gesammthaender*. C'est la volonté de ces membres qui agit d'une manière unifiée. Un communiste chargé de l'administration ne ressemble pas à un administrateur de la personne juridique. En effet, le premier n'est pas un organe véritable de la propriété en main commune, car il agit encore en vertu de son droit propre.

Lorsqu'on examine la distinction entre la personnalité juridique et la *Gesammte Hand* au point de vue patrimonial, il ne semble pas y avoir de différence de nature. En effet, les deux institutions juridiques aboutissent, en dernière analyse, à une sorte de *séparation de patrimoine formant un patrimoine séparé à destination fixe*, et réservé comme *gage exclusif des seuls créanciers de cette unité juridique*.

1. Louis Masse, *op. cit.*, p. 78.

120. Le *Gesamnteigenthum* du droit allemand est une *exception apportée à la simple copropriété indivise dont il diffère beaucoup*. Dans la copropriété indivise, les droits des copropriétaires consistent en des *quotes-parts*, qui entrent dans leur patrimoine propre et qui peuvent, par conséquent, être transmises et cédées. L'indivision fait partie plutôt du droit objectif. *La propriété en main commune est basée sur un lien personnel* tellement fort qu'un membre ne peut pas prétendre avoir un *droit individuel sur une part des biens communs*.

En droit allemand, le principe de la *Gesammte Hand* est appliqué en général à des communautés de propriétés où le lien personnel existant entre les membres est très nettement marqué. Ainsi la *propriété en main commune* s'applique, en dehors du domaine des sociétés civiles, à la communauté de biens entre époux, à la communauté entre cohéritiers et généralement à toutes les associations dénuées de la personnalité juridique. En examinant le fonctionnement de la société civile en droit allemand, nous allons trouver de nombreuses traces de la *Gesammte Hand* dans différents articles du Code civil qui en font l'application.

Après avoir terminé cet aperçu général sur *la nature juridique de la Gesamnte Hand* et sur les différences et les ressemblances qu'elle présente avec *l'institution juridique de la personne morale* et de la *simple communauté indivise*, une idée directrice s'en dégage. Bien qu'au point de vue patrimonial la *Gesammte Hand* aboutisse au même résultat que la personne juridique, les avantages pratiques présentés par cette dernière sont plus nombreux *qu'est la personne morale*, par son existence *autonome*,

par ses manifestations et par *les relations de droit entre elle et ses membres*, offre une institution juridique des plus perfectionnées au point de vue de son fonctionnement.

Malgré sa supériorité par rapport à l'indivision, tous ces traits manquent à la *Gesammte Hand*. Les relations entre ses membres font naître des complications qui se traduisent en pratique par un fonctionnement défectueux.

TITRE II

DÉVELOPPEMENT HISTORIQUE

CHAPITRE PREMIER

LA CONCEPTION JURIDIQUE DE LA SOCIÉTÉ EN DROIT ROMAIN

SECTION I. L'origine et les caractères essentiels de la société en droit romain. — SECTION II. Le fonctionnement de la société en droit romain.

Ssction I. — L'origine et les caractères essentiels de la société en droit romain.

§ 1. *La notion et l'origine de la société.* — § 2. *Les caractères essentiels et la classification des sociétés.*

§ 1. — LA NOTION ET L'ORIGINE DE LA SOCIÉTÉ

121. Généralités sur la société. — 122. Les systèmes expliquant l'origine de la société.

121. En examinant la société en droit romain, on a l'impression que les jurisconsultes, par les textes que nous trouvons au *Digeste*, ont voulu exercer leur souplesse juridique plutôt que créer une institution juridique répondant aux exigences de la vie pratique. Les relations juridiques entre les associés leur apparaissent comme une question très compliquée qui doit être résolue

avec adresse. Et c'est dans ce sens qu'on pourrait se demander si à Rome on s'est aperçu de bonne heure, d'une manière bien nette, de *l'utilité pratique que présente la société pour la vie économique et commerciale*. Toujours est-il que les jurisconsultes romains, dont la pensée juridique s'est perpétuée jusqu'à nous, ont développé leur raisonnement en cette matière *en établissant des textes* qui sont à la base de la législation moderne. Il convient cependant de préciser que ces jurisconsultes, par opposition à ce qui se passe de nos jours, voyaient dans l'institution juridique de la société, non pas un *organisme*, une entreprise destinée à réaliser des bénéfices — au sens économique du mot — mais une sorte de communauté fraternelle : *affectione societatis incidimus in communionem*¹ ou *cum societatis jus quodam modo fraternitatis in se habeat*².

Dans l'antiquité romaine, nous voyons un type général de société civile universelle, très répandu en pratique, ayant pour but principal la mise en commun de tous les biens de plusieurs personnes en vertu du lien d'amitié. Cette société est fondée sur l'*affection fraternelle* plutôt qu'en vue d'un véritable but lucratif. Cette idée est inspirée, semble-t-il, de la vie même de l'antiquité romaine qui n'avait pas cette tendance à la commercialisation parfaite si fréquente dans d'autres civilisations antiques.

A côté de ces sociétés, le droit romain a connu des sociétés puissantes, telles que les sociétés pour le recouvrement des impôts, *societas vectigalium*, pour l'*exploitation des salines*, et surtout des *sociétés constituées pour*

1. Dig. XVII, 2, 31 Pro Socio.

2. Dig. XVII, 2, 63 Pro Socio.

les fournitures aux armées qui ont conquis l'Empire romain.

122. L'origine de la société — au sens commun du mot — se perd certainement dans l'organisation familiale des premières cités romaines. L'esprit d'association a toujours prouvé ses avantages pratiques. Néanmoins, la société dont s'occupent les jurisconsultes romains a dû avoir une origine qui se rattache à une *institution juridico-sociale*, ou bien à *des faits pratiques ayant rendu nécessaire sa formation et sa constitution*. Aussi, les auteurs de droit romain ont-ils imaginé différents systèmes expliquant l'origine de la société, parmi lesquels deux systèmes surtout s'affrontent, mettant en valeur deux points de vue opposés.

Le premier système est celui de Girard qui voit dans la société une institution juridique se rattachant au *consortium* qui existait entre les membres d'une famille et le chef de famille, *pater*, et qui se caractérisait par une sorte de *communauté familiale* indivisible même à la mort du *pater familias*. C'est donc à ce *consortium* qu'il faudrait rattacher spécialement la *societas omnium bonorum*, le type le plus répandu de sociétés dans le monde romain¹.

Ce système expliquant l'origine de la société nous paraît défendable, car il est conforme à plusieurs institutions juridiques et sociales du droit comparé et spécialement aux *communautés taisibles* de l'ancien droit français.

Une deuxième opinion s'élève contre ce système et sou-

1. P. Girard, *Manuel élémentaire de droit romain*, p. 605.

tient que le type de société actuel, tel qu'il se dégage du Code civil, n'est apparu qu'au moment des *guerres puniques* sous la forme d'une sorte de *société d'industrie*. Plus tard, ce type de société s'est répandu sous la forme de sociétés constituées entre les *publicains* pour le ravitaillement de l'armée et surtout pour percevoir, sur le vaste territoire de l'Empire romain, les impôts ou *vectigalia*¹.

Cette opinion peut être défendue lorsqu'on envisage la société au point de vue de son évolution, en tant que contrat et en tant qu'entreprise soumise aux règles du droit. Mais il serait excessif de prétendre que la société date seulement des guerres puniques.

L'organisation de la famille, dès les débuts de Rome, sous la forme du *consortium*, et les exemples fournis par d'autres peuples antiques paraissent faire remonter l'origine de la société au *moment de la constitution du noyau familial*.

Et, partant de cette idée, les deux systèmes se complètent dans ce sens que la société, d'abord à l'état *embryonnaire* s'imposant à la vie pratique, est arrivée, par une lente évolution, à s'imposer aussi à la réalité juridique. En effet, dans le droit romain, le contrat de société étant de bonne foi par excellence a dû passer par plusieurs étapes, dans la vie juridique, avant d'arriver à avoir cette nature caractéristique qui le faisait sanctionner par l'*actio pro socio*, qui nous est laissée dans la liste des *judicia bonæ fidei* par Q. M. Scævola, consul en 659-95.

1. Ed. Cuq, *Manuel des institutions juridiques des Romains*, p. 493.

§ 2. — LES CARACTÈRES ESSENTIELS ET LA CLASSIFICATION DES SOCIÉTÉS

123. Les conditions d'existence de la société. — 124. La détermination des parts dans les bénéfices et dans les pertes.

— 125. Les différentes sortes de sociétés et leurs traits caractéristiques.

123. Les textes du *Digeste* ne donnent aucune définition de la société. Néanmoins, en dirigeant nos recherches vers les textes qui réglementent la société en droit romain, il nous sera facile d'établir les conditions nécessaires pour sa formation et de dégager sa définition. En effet, pour qu'une société soit formée, il faut le *consentement des parties*, caractérisé par l'intention de former une société, *affectio societatis*, la *mise en commun de quelque chose* et un *but commun* à tous les associés. Il en résulte que la société est un contrat de *bonne foi, consensuel, synallagmatique parfait*, par lequel plusieurs personnes promettent de mettre quelque chose en commun pour en tirer un avantage quelconque. Elle est sanctionnée par l'*actio pro socio*. La société, par ses caractères, diffère de la simple indivision dans laquelle ne se trouve pas l'*affectio societatis* et qui est sanctionnée par l'*action communi dividundo* ¹.

La société existe à partir du moment où les parties animées de l'*affectio societatis* ont contracté. Leur consentement peut se manifester soit *re* ², en mettant plu-

1. Dig. XVII, 2, 31, 32 et 33, Pro Socio L. 31... communiter autem res agi potest etiam citra societatem, ut puta cum non affectione societatis incidimus in communionem, ut evenit in re duobus legata, item si a duobus simul empti res sit...; L. 32. Nam tractatu societas coita est, pro socio actio est, cum sine tractatu in re ipsa et negotio, communiter gestum videtur; L. 33... et ideo societate sine tutoris auctoritate coita pupillus non tenetur, attamen communiter gesto tenetur.

2. Dig. XVII, 2, 4 Pro Socio. Societatem coire et re et verbis et per nuntium posse nos dubium est.

sieurs objets en commun par la tradition, soit par *stipulation*, soit enfin *solo consensu*, la société étant un contrat du *jus gentium*. Le caractère essentiel de la société est l'*intuitus personæ*, la considération des qualités personnelles des associés. La règle : *socii mei socius meus socius non est* n'est qu'une application indirecte de l'*intuitus personæ*. En outre, la société, par l'élément *intuitus personæ*, implique une sorte de *jus fraternitatis* qui se traduit par l'*exceptio quod facere potest* contenue dans la Loi 63, *Pro socio*, dont peut se prévaloir l'associé¹.

124. L'apport des associés peut consister en tout ce qui peut être l'objet d'une *estimation*, une *chose corporelle*, une *créance*, un *usufruit*, un *travail*, une *industrie*, un *crédit*, etc.². Néanmoins, conformément à la Loi 53, *Pro socio*, ce qui a été acquis illégitimement ne peut former l'objet d'un apport en société : *quod autem ex furto, vel ex alio maleficio quæsitum est, in societatem non oportere conferri palam est*.

En mettant quelque chose en commun, les parties ont en vue un but commun *qui n'est pas nécessairement un but de lucre*. En effet, en constituant une société, on peut se borner à la jouissance des biens mis en commun ; ou bien on s'associe pour diminuer les frais que l'action isolée d'un seul entraînerait³. Ce qui est nécessaire, c'est que chaque associé puisse espérer tirer un avantage de leur association.

1. Dig XVII, 2, 63, *Pro Socio* : Verum est quod Sabino videtur, etiamsi non universorum bonorum socii sunt, sed unius rei, attamen in id *quod facere possunt* quodve dolo malo fecerint quo minus possint oportere. Hoc enim summam rationem habet, cum societas ius quodam modo fraternitatis in se habeat.

2. Dig. XVII, 2, 80 *Pro Socio*.

3. C. Accarias, *Précis de droit romain*, t. II, p. 492.

Le but de la société ne peut pas être contraire aux bonnes mœurs : *nulla societas maleficiorum*¹... *nec societas flagitiosae rei ullas vires habet*².

S'il y a des bénéfices réalisés, ils doivent être partagés entre les associés. Il peut toutefois arriver qu'une société ayant un but de lucre se liquide par des pertes. Dans ce cas, de même qu'en cas de réalisation de bénéfices, une répartition doit être faite entre les associés. La société léonine est interdite³.

La détermination des parts dans les bénéfices ou dans les pertes se fera d'après les clauses spéciales prévues au contrat, sans que ces clauses puissent être contraires à la nature de la société elle-même. Si on a laissé le soin de la répartition à un tiers, il devra tenir compte de *la nature de la société et du but poursuivi*, en s'efforçant de maintenir une égalité parfaite ou proportionnelle entre les associés. En cas de silence du contrat, la répartition sera faite par parts égales⁴.

125. Gaius⁵ et Justinien⁶ ne citent que deux sortes de sociétés : la *societas omnium bonorum* et la *societas negotiationis alicujus*. Par contre, Ulpien, dans la Loi 5, nous donne une énumération très complète des différentes espèces de sociétés : *Societas contrahuntur sive universorum bonorum, sive negotiationis alicujus, sive vectigalis, sive etiam rei unius*. A cette énumération, il faut ajouter encore la société de tous gains, *omnium quæ*

1. Dig. XVII-3, 1 Pro Soc.

2. Dig. XVIII, 1, 35, Pro Soc.

3. Dig. XVII, 2, 29 Pro Soc.

4. C. Accarias, *op. cit.*, t. II, pp. 497 et suiv.

5. Comm. III § 118 — Gaius.

6. De soc. pr — Justinien.

ex quæstu veniunt, qui doit être entendue dans la *societas universorum bonorum*¹.

La *societas omnium bonorum* comprend tous les biens quels qu'ils soient et qui se trouvent dans le patrimoine des associés. Par conséquent, ce peut être des *biens présents* ou *à venir*, acquis par *succession*, *donation* ou *legs*, ceux qui *ex quæstu veniunt* et même ceux acquis par l'*exercice d'une action pénale*. Ces derniers ne doivent pas être confondus avec les biens *ex prohibitis causis* qui n'entrent pas dans la société². Dans la *societas omnium bonorum*, par voie de conséquence, doivent entrer toutes les dettes actuelles et futures des associés, qui seront à la charge commune³.

Conformément à la Loi 7, cette société doit être contractée expressément, elle ne se présume jamais. Par la seule force du contrat qui la crée, s'opère la transmission de la propriété des biens, sans qu'il soit besoin d'aucune tradition. Cette règle est applicable même lorsqu'il s'agit de *res Mancipi*, et s'explique par les caractères de la société que nous avons examinés plus haut. Seulement, cette translation spéciale de la propriété des biens ne s'applique qu'aux biens acquis par les associés antérieurement à la conclusion du contrat de société. Quant aux biens à venir, il est nécessaire d'en transmettre la propriété par une tradition spéciale. Les créances des associés leur restent propres. Les associés créanciers, conformément à la Loi 7, ne devaient que se communi-

1. Dig. XVII, 2, 31 et 73 — Pro soc.

2. Dig. XVII, 2, 52 à 57 et 59 Pro Soc. L. 52 § 16 : *Socium universa in societatem conferre debere* Neratius ait, si omnium bonorum socius sit : et ideo sive ob iniuriam sibi factam vel ex lege Aquilia, sive ipsius sive filii corpori nolitum sit, conferre debere respondit.

3. Dig. XVII, 2, 3, 52 et 73 Pro Soc.

quer l'un à l'autre les bénéfices résultés de leurs actions.

La *societas universorum quæ ex quæstu quærentur* peut se présumer et existe spécialement lorsque les parties contractantes n'ont point spécifié dans leur convention la sorte de société qu'elles veulent contracter. Cette société comprendra *tous les gains qui proviennent du travail des associés. Quæstus intelligitur qui ex opera cujusque descendit*, dit le jurisconsulte Paul. Conformément à la Loi 9, le *quæstus* ne comprend pas les successions, les legs, les donations à cause de mort ou même entre vifs, les biens acquis par ces voies *quasi debitum nobis obvenit... non sine causa, sed ob meritum aliquod accedunt*.

La *societas unius rei* a un seul objet, étant formée en vue d'une seule opération. C'est le cas de deux ou plusieurs personnes qui ont contracté une société pour l'exploitation d'un fonds de terre.

La société formée pour une série d'opérations du même genre ou ayant pour but principal l'accomplissement d'un travail unique s'appelle *societas negotiationis alicujus*.

La *societas vectigalium* avait pour but le recouvrement des impôts, l'exploitation des mines ou des pâturages, etc. Ulpien, dans la Loi 3, en fait une classe à part, à cause des particularités qu'elle présente.

Section II. — Le fonctionnement de la société en droit romain.

§ 1. *La personnalité juridique et l'administration de la société en droit romain.* — § 2. *La dissolution de la société et l'actio pro socio.*

§ 1. — LA PERSONNALITÉ JURIDIQUE ET L'ADMINISTRATION DE LA SOCIÉTÉ EN DROIT ROMAIN

126. Les trois systèmes sur la personnification des sociétés.
Les relations des associés entre eux et avec les tiers.

126. Le droit romain n'est jamais arrivé à introduire le principe de la personnalité juridique dans la doctrine. C'est pourquoi il n'a pas construit de système juridique spécial et indépendant sur ce point. Cependant, on est forcé de constater que le principe de la personnalité s'est fait jour dans la vie pratique. S'il n'a été affirmé nulle part dans la législation romaine, les exigences pratiques l'ont imposé. Dès lors, on ne peut le considérer comme une *conception a priori*.

En ce qui concerne la personnalité juridique des sociétés dans le droit romain, il y a un système qui soutient que *toutes les sociétés dans le monde romain constituaient des personnes morales*. Ce système, exposé par Troplong et Touillier, est soutenu par Duvergier. Les partisans de cette théorie s'appuient sur le *caractère purement personnel de l'actio pro socio* par opposition aux *actions familiæ herciscundæ*, et *communi dividundo* qui ont un caractère mixte, *tam in rem tam in personam*. On ajoute encore différents textes, notamment la Loi 3 *Dig. de bon. poss.* L. 37, reconnaissant la capacité d'obtenir la *bonorum possessio* aux municipes et sociétés :

a municipibus et societatibus et decuriis et corporibus bonorum possessio agnosci potest. La L. 9, *Dig., Quod metus causa*, la L. 65, § 14, *Dig., Pro soc.*, XVII, 2, et la L. 22, *Dig., De fidejus*, et *mand.*, XL, 1, fournissent les arguments les plus solides de ce système.

Malgré ces textes, un autre système soutient qu'*aucune société à Rome*, soit d'intérêt public, soit d'intérêt privé, *n'avait la personnalité juridique*. D'après ce système, soutenu par Cohn, dans *De natura societatum*, pp. 26 à 44, la L. 1, *Dig., Quod cujusc. univ.*, III, 4, emploie le mot *societas* dans un autre sens que celui donné par les autres textes. Ce mot désignerait des *collèges professionnels* constitués entre associés, faisant partie de certaines sociétés de gains et ne constituant pas une classe à part de sociétés. De ce texte controversé : *vectigalium publicorum sociis permissum est corpus habere vel auri fodinarum, vel argenti fodinarum et salinarum*, se dégage la personnalité juridique de certaines sociétés¹.

La personnalité juridique à Rome n'était admise qu'à titre exceptionnel, pour les sociétés visées dans le texte cité, et avec une autorisation qui varia, nécessairement, selon les régimes : « Il fallut, sous la République, une loi ou un sénatus-consulte ; sous l'Empire, un sénatus-consulte ou une constitution impériale². »

1. Le système qui nie la personnalité juridique de toutes les sociétés du droit romain traduit ainsi le texte : « Il a été permis d'avoir un corps à ceux qui se sont associés en vue de prendre à ferme les revenus que l'Etat tire soit de ses mines d'or, soit de ses mines d'argent et de ses salines ». Cette traduction semble s'éloigner du texte et ne paraît pas exprimer ce qu'ont voulu dire ses auteurs. Aussi traduit-on ce texte comme suit : « Il a été permis d'avoir un corpus à ceux qui sont associés soit pour la ferme des impôts de l'Etat, soit pour l'exploitation des mines d'or, soit pour celle des mines d'argent et des salines ».

2. C. Accarias, *op. cit.*, t. I, p. 410, n° 185.

Vautier, dans son *Etude sur les personnes morales*, observe que la personnalité juridique fut accordée aux grandes sociétés à raison de leur caractère public et surtout par nécessité pratique. Quant aux autres sociétés, il en était tout autrement. La société d'intérêt privé se caractérise par un lien fraternel. « L'élément capital de la société est la personne même des associés. La confiance entière, l'affection réciproque donnent à la société le caractère fraternel que lui reconnaissent les jurisconsultes ¹. » Dans une telle société, les tiers traitent avec les associés en considération de leur personne. *Il en résulte que les Romains n'admettaient pas la personnalité juridique des sociétés qu'à titre tout à fait exceptionnel, obéissant en cela à des nécessités pratiques.*

127. L'administration de la société appartient à chacun des associés. Si le mode d'administration n'est pas fixé dans le contrat, chaque associé aura le droit et l'obligation de gérer les affaires de la société. Il encourt la responsabilité de tous ses actes et sera tenu de la *culpa levis in concreto*. Si les associés constituent une société qui est douée de la personnalité juridique, la direction ou l'administration des affaires sociales est ordinairement confiée à un *syndicus* ou *actor* qui est élu parmi les associés.

Dans une société non revêtue de la personnalité juridique et dont le mode d'administration n'est pas fixé d'avance, on considère, ainsi que nous l'avons déjà dit, que le contrat de société contient implicitement un mandat conférant le pouvoir d'administration à tous les

1. Vautier, *op. cit.*, p. 44.

associés. Dans ce cas, chacun d'eux est tenu pour sa part, et non pas seulement pour sa part virile, mais pour une part proportionnelle à sa mise : *actio ex empto cum singulis sit proportione qua socii fuerint*¹.

Au contraire, si un ou quelques-uns des associés ont administré les affaires sociales, et si cette administration a été ratifiée par les autres associés, il n'y a aucun doute que l'on ne donne contre la société, dans la personne de ses membres, les *actions utiles* introduites par le prêteur. Si l'engagement des administrateurs dépasse le pouvoir qui leur a été conféré par le mandat des autres associés, ils en seront tenus personnellement. Mais si ces engagements ont profité à la société prise en la personne de ses membres, on accordera l'*actio de in rem verso* dans la mesure de l'enrichissement de la société.

§ 2. — LA DISSOLUTION DE LA SOCIÉTÉ ET L' « ACTIO PRO SOCIO »

128. Les différents modes de dissolution de la société. —

129. Les caractères de l'*actio pro socio*.

128. Dans la L. 4, Modestin nous indique les modes de dissolution de la société : *dissociamur renuntiatione, morte, capitis diminutione, egestate*. Cette loi ayant indiqué en général les modes de dissolution d'une société, il convient d'ajouter la L. 63, § 10, dans laquelle Ulpien s'exprime ainsi : *societas solvitur ex personis, ex rebus, ex voluntate, ex actione ; ideoque sive homines, sive res, sive voluntas, sive actio interierit, distrahi videtur societas*.

1. Dig. XXI, 1, 44.

La *renonciation* comme mode de dissolution, indiqué par Modestin, est un acte de signification fait par l'un des associés aux autres, en faisant connaître son intention, bien arrêtée, de se retirer de la société. Tout en étant libre de se retirer à n'importe quel moment de la société, l'associé retiré sera responsable des conséquences produites par les affaires sociales contractées pendant les temps où il avait encore la qualité d'associé. Cette règle se traduit dans les termes suivants : *socios liberat a se, non se liberat a sociis*. Il en résulte qu'il sera responsable, si la dénonciation a été faite *frauduleusement*, ou *à contre-temps*.

La société étant un contrat fait *intuitus personæ*, elle sera dissoute par la mort naturelle de l'un des associés. Néanmoins, une clause spéciale permettant la continuation de la société avec les survivants sera valable. Les héritiers d'un associé décédé auront le droit de participer à la répartition des bénéfices et des pertes résultant des affaires sociales contractées avant la mort de l'associé. Mais, conformément aux LL. 35 et 37, *Pro soc.*, ils ne peuvent entrer dans la société qu'en vertu d'une nouvelle convention ¹.

Dans l'ancien droit romain même, la *capitis deminutio minima* dissolvait la société ². Sous Justinien, elle ne la dissout plus. Ce sont seulement les *capitis deminutio media* et *maxima* qui dissolvent la société. Il en est ainsi même lorsque la *capitis deminutio* n'est pas

1. L. 35 Pro soc. : Nemo potest societatem heredi suo sic parere, ut ipse heres socius sit : in heredem autem socii proponitur actio ut bonam fidem praestat. L. 37 Pro soc. : Plane si hi, qui sociis heredes exstiterint, animum inierint societatis in ea hereditate, novo consensu quod postea gesserint efficitur, ut in pro socio actionem deducatur.

2. Voir C. Accarias, *op. cit.*, t. II, pp. 507 et 508, n° 628.

accompagnée d'une confiscation générale des biens de l'associé qui en est frappé.

L'*egestas* est la situation d'un associé qui a été appauvri totalement par la *bonorum venditio*. Par conséquent, la *bonorum venditio* a comme effet principal de dissoudre la société, lorsqu'elle a été subie par l'un de ses membres. Une nouvelle société ne pourra être formée entre les anciens membres que par une nouvelle forme de contracter une société. Au point de vue des effets de dissolution produits par la *bonorum venditio*, il n'y a aucune différence dans le cas où elle a été exercée par l'Etat ou par les particuliers. La *bonorum venditio* ayant disparu avec la procédure formulaire, Justinien ne la mentionne plus et la remplace par la *bonorum cessio*, « c'est-à-dire précisément par l'un des faits qui jadis entraînaient la *bonorum venditio* ¹ ».

129. La société est sanctionnée par l'*actio pro socio*. Pour que l'exercice de cette action soit possible, il faut l'existence de la société que nous venons d'examiner. L'*actio pro socio* a pour but essentiel de régler les rapports juridiques entre les associés. Un associé agissant au moyen de cette action agit en son nom propre et jamais au nom de la société. Les rapports juridiques découlant des affaires conclues avec des tiers donnent lieu aux actions ordinaires propres à chaque convention intervenue, *actio ex empto et ex vendito*, *mandati*, etc., mais jamais à une *actio pro socio*. L'*actio pro socio* est éminemment une action de bonne foi. L'associé poursuivi par cette action ayant le bénéfice de compétence pourra

1. C. Accarias, *op. cit.*, t. II, p. 508, n° 628; voir aussi t. II, p. 176 n° 485.

demander que la condamnation soit limitée aux biens qu'il possède, *in id quod facere potest*. Néanmoins, on comprendra, dans ces biens, ceux que l'associé a manqué d'acquérir par dol.

L'associé condamné par suite de l'*actio pro socio* et en son nom sera noté d'infamie ¹. Au contraire, celui qui a été condamné *alieno nomine*, c'est le cas d'un mandataire, d'un fidéjusseur, d'un tuteur, etc., n'encourt point l'infamie ².

En dehors de cette action, il y en a encore une autre qui entre en jeu en matière de société. C'est l'*actio communi dividundo*, sanctionnant l'indivision. Les deux actions, en dehors du fait que la première est *personnelle* et la deuxième *mixte*, varient par leur *cause* et par leur *but*. Cependant, l'*actio communi dividundo* ne sera applicable qu'entre les associés qui, en même temps, sont aussi copropriétaires. Elle a pour but essentiel le partage, tandis que l'*actio pro socio*, dérivant du contrat de société, a pour but de faire exécuter les obligations nées de ce contrat. De l'esprit de la L. 43, *Pro soc.*, il résulte que l'exercice de l'une de ces actions ne supprime pas nécessairement l'exercice de l'autre ³.

Après avoir fait cet aperçu général de la société en droit romain, qui nous sera de quelque utilité pour poser et expliquer les principes fondamentaux de la société en droit français ancien et moderne et en droit comparé, nous passons à un examen général de l'évolution historique de la société.

1. L. 1. Dig. III, 2.

2. L. 6. Dig. III, 2 : Si quis alieno nomine condemnatus fuerit, non laborat infamia : et ideo nec procurator meus... vel ex alia simili specie condemnatus infamia notabuntur.

3. C. Accarias, *op. cit.*, t. II, pp. 509 et 510, n° 629.

CHAPITRE II

LA SOCIÉTÉ CIVILE DANS L'ANCIEN DROIT FRANÇAIS

SECTION I. Généralités sur les associations et les sociétés sous le régime de l'ancien droit. — SECTION II. La division des sociétés et la personnalité juridique dans l'ancien droit. — SECTION III. La période de formation du concept actuel de l'association et de la société.

Section I. — Généralités sur les Associations et les Sociétés sous le régime de l'ancien droit.

§ 1. *Le régime du droit des obligations dans le très ancien droit.*
— § 2. *Caractères des associations et des sociétés dans le dernier état de l'ancien droit*

§ 1. — LE RÉGIME DU DROIT DES OBLIGATIONS DANS LE TRÈS ANCIEN DROIT

130. Le droit des obligations en droit romain. — 131. La transformation du droit des obligations au Bas-Empire, à la suite des Invasions. — 132. L'influence du droit canonique et le droit des obligations jusqu'au xvi^e siècle.

130. Le droit des obligations, dans son ensemble, forme un régime de droit qui est le *principal instrument juridique*, dans toutes les législations, de la *création, circulation et consommation des richesses* et est toujours, — c'est un fait constaté et reconnu dans l'histoire du droit, — en rapport direct avec le fonctionnement et le déve-

loppement de la vie économique et commerciale. Le régime juridique des obligations étant soumis aux fluctuations de la vie sociale, change avec celle-ci, en s'adaptant aux nouvelles exigences pratiques. Aussi, nous constatons, en général, en droit romain primitif, que les obligations avaient des *caractères très rigoureux*, ce qui se traduisait en un nombre très infime de contrats. En principe, pendant cette période, l'obligation n'apparaît qu'en quelques cas. Ainsi, les artisans se trouvant en dehors du groupement familial, qui est caractérisé par un lien extrêmement étroit, étaient obligés d'entrer en relations économiques et commerciales avec les chefs ou les membres de ce groupe en achetant ce qui leur était nécessaire pour leur existence. Mais, l'obligation ne dérive pas seulement de ces *relations volontaires*, mais aussi encore des *faits illicites*. C'est le cas des délits commis par une personne, laquelle, afin d'échapper à la vengeance privée, se donna personnellement en gage à la victime créancière.

Ce régime, qui rendait les obligations rares et formalistes, changea en substance à la fin de la République romaine. En effet, une première et grande transformation se produisit dans la notion et le champ d'application de l'obligation, par suite du développement de la vie commerciale. Ce changement a eu pour effet principal l'adoucissement du caractère rigoureux de l'obligation et de sa sanction. Cette dernière commence à *glisser de la personne du débiteur sur le patrimoine de celui-ci*. Un autre effet, également essentiel, c'est la création des différents contrats spéciaux, par la suite d'une évolution relativement courte. C'est la période florissante du monde romain en matière d'obligations.

131. Cependant, un grand bouleversement social se produit dans le Bas-Empire, qui transforme radicalement le régime du droit des obligations. En effet, la vie sociale, économique et commerciale s'effondre à la suite des invasions des Barbares. A l'époque florissante succède un appauvrissement général, ayant comme conséquence l'instabilité de la vie sociale d'une part, la disparition du commerce et la régression du droit des obligations d'autre part. Le droit romain cesse d'être appliqué. Un peu plus tard, l'obligation réapparaît et se présente surtout dans le cas de l'échange au comptant et dans les prêts à courte durée. Pour la conclusion d'une convention, l'on revient de nouveau à l'ancien formalisme et à l'élément matériel constatant la conclusion du contrat. Lorsqu'une stabilité s'annonce, — les invasions barbares étant accomplies, — un redressement du droit se produit et commence à être appliqué suivant le *système de la personnalité des lois*.

Toutefois, les lois romaines de cette époque sont, en général, très pauvres en ce qui concerne les dispositions législatives en matière d'obligations. Ainsi, le *Bréviaire d'Alaric*, ou la *Lex Romana Wisigothorum*, composé vers l'année 506, ne parle que de la vente, de l'achat des créances par les *potentes*, des faux en écriture, des *chirographa* et des prêts de semence. Le *Papinien*, ou *Lex Romana Burgundionum*, rédigé vers la même date que le *Bréviaire d'Alaric*, n'est pas plus riche en cette matière que celui-ci. Nous trouvons la même pauvreté dans les lois barbares. Ainsi, la Loi Salique ne contient que trois titres sur la question des obligations contractuelles. Dans le premier (titre 52), il s'agit de la *res præstita* et il traite spécialement de l'exécution de l'emprunteur lorsque

celui-ci n'a pas rendu la somme ou l'objet qui lui a été prêté. Les deux autres titres (50 de *fides facta* et 51 qui en est la suite) déterminent les moyens dont le créancier peut se servir pour obtenir le payement de sa composition. Dans la loi Gombette ou la loi des Burgondes, les dispositions concernant les obligations sont plus complètes. Elle traite de la *commendatio*, du prêt, des *usuræ* et du *pignus*¹.

132. Un redressement et une restauration sociale se produisirent sous la domination des Carolingiens, mais ils échouèrent pour différentes causes en 843. En effet, le traité de Verdun est la première cause de la division du royaume de Charlemagne qui avait reconstitué, en quelque sorte, l'ancien empire d'Occident.

Et c'est ainsi qu'à partir du x^e siècle, et peut-être un peu avant, la vie sociale a été reconstruite sous la forme seigneuriale ou domaniale. Cette reconstitution sociale ayant établi la sécurité sociale, le commerce réapparut. Le droit romain, qui n'était pas appliqué jusqu'au x^e siècle, réapparut à Bologne dans l'école des glossateurs, dont le chef était Irnerius. A partir de cette époque commence une nouvelle prospérité économique et commerciale et le droit des obligations se redresse de nouveau.

Cependant, le régime juridique des obligations a subi encore une sorte de perturbation due à l'intervention du droit canonique, qui a fait dériver l'obligation du simple consentement et écarte le dol dans l'interprétation des conventions. L'influence du droit canonique a

1. Cons. à cet égard : Meynial, *Cours de doctorat d'histoire de droit privé*, 1928-1929.

été tellement forte que celui-ci apparut parfois en opposition avec le droit romain. *Néanmoins, des ressemblances et des rapports étroits les unissent.* En effet, il y avait une grande concordance entre les deux droits, en faveur du développement de l'idée de l'équité en matière de conventions. Au cours des siècles suivants, cette concordance se fortifie et ne change pas beaucoup d'aspect.

L'affaiblissement de la situation de l'Eglise, qui se produisit aux ^{xiv}^e et ^{xv}^e siècles, n'entraîne pas une décadence correspondante de l'influence du droit canonique. A la fin de la guerre de Cent ans, les transformations économiques et sociales sont grandes, et une stabilité générale s'impose. C'est ainsi qu'au cours du ^{xv}^e siècle, on arrive à une théorie des obligations, forgée par des dispositions empruntées au droit romain et au droit canonique. De plus, le droit coutumier, lui-même, a subi l'influence du droit romain ¹. Les œuvres des auteurs coutumiers sont imprégnées de l'esprit du droit romain.

C'est ainsi, dans ses grands traits, que le droit des obligations a évolué en France. Aussi, après avoir fait cet aperçu général de l'évolution du régime juridique des obligations, il convient de jeter un coup d'œil sur ce qui s'est passé en matière de sociétés.

§ 2. — CARACTÈRES DES ASSOCIATIONS ET DES SOCIÉTÉS DANS LE DERNIER ÉTAT DE L'ANCIEN DROIT

133. La notion et les caractères généraux des associations.
— 134. Les sociétés tacites et leurs caractères. — 135. Les caractères essentiels des véritables sociétés et quelques observations critiques.

133. Si nous parcourons l'ancien droit français, en matière de sociétés en général, nous trouvons une dis-

1. Meynial, *op. cit.*, pp. 120 et suiv.

tion très importante touchant de près la classification d'associations et sociétés. En effet, l'ancien droit français nous offre deux sortes de groupements de personnes. D'une part, nous rencontrons les associations, d'autre part, les sociétés. Entre ces deux groupements de personnes, il y a une ligne de démarcation qui sépare nettement leur domaine.

L'association, dans le dernier état de l'ancien droit, *n'était pas une institution juridique de droit privé, mais une institution qui tombait sous l'application du droit public* en entrant dans le domaine de celui-ci. La notion d'association était employée, pendant cette époque, pour une forme spéciale de propriété indivise qui était établie entre les *personniers*¹ et nullement pour désigner ce que l'on appelait *communautés* ou *corps*. On appelait encore, très souvent, ces associations : *gens de main morte*, qui « ont cent mains ouvertes pour recevoir et une seule entr'ouverte pour la sortie des biens qu'ils possèdent² ». C'est à cause de ce trait caractéristique que ces associations ont été très mal vues, et surveillées par l'autorité publique. Aussi, de nombreux anciens textes les interdisaient. Ainsi, une ordonnance du mois de janvier 1679 interdisait de « faire aucunes lignes ou *associations*, ou y entrer, soit nos sujets ou les étrangers, pour quelque cause que ce soit³ ». Une autre ordonnance du 9 mai 1760 interdisait l'existence ou la formation d'une pareille association sans permission⁴. Loysel précise davantage :

1. Ferrière, *Dictionnaire de droit*, 1762, t. I, Association, p. 179.

2. Bourjon, *Le droit commun de la France*, 1747, l. II, tit. 4, ch. IV, n° 4.

3. Isambert, *Anciennes lois*, t. XVI, p. 275.

4. Isambert, *op. cit.*, t. XXII, p. 299; voir aussi en *op. cit.*, t. XXV, p. 411, l'Ordonnance du 7 septembre 1778 qui s'occupait des dispositions sur les associations d'ouvriers.

« L'on ne peut assembler pour corps de communauté, sans congé et lettre du roi ¹. » Domat s'exprime dans le même sens : « La première règle de l'ordre et de la police des communautés est qu'elles soient établies pour un bien public, et par l'ordre ou la permission du prince ². »

Il en résulte donc, que sous le régime de l'ancien droit, les associations régulières ne pouvaient être nombreuses, à cause de l'immixtion constante du pouvoir public dans leur fonctionnement. L'Etat, jaloux de ses prérogatives, ne pouvait se passer d'un contrôle rigoureux et d'une surveillance étroite sur l'existence de ces associations contraires à l'économie publique. Nonobstant ces restrictions imposées, il y avait pas mal d'associations de toutes sortes qui fonctionnaient irrégulièrement. Mais ces associations, comme nous le verrons plus tard, ne jouissaient jamais de la personnalité juridique ³.

134. En ce qui concerne le régime juridique des sociétés, l'ancien droit les réglemente avec plus de faveur. En général, pendant cette époque, toutes les sociétés étaient construites sous la forme de sociétés universelles tacites que l'on appelait *sociétés tacites*. Ces communautés de famille étaient très répandues sous le régime de l'ancien droit français ⁴. En se reportant à leur constitution, Beaumanoir disait, 21, 5 : « Compagnie se fet pour seulement manoir ensemble a un pain et a un pot un an et un jour puis que li mueble de l'un et de l'autre sont melleé

1. Loysel, *Institutes Coutumières*, l. III, tit. 3, n° 23.

2. Domat, *Droit public*, tit. 15, s. 2, n° 1.

3. *Encyclopédie méthodique, Jurisprudence*, t. I. Voir Association, p. 519 et t. III, voir Communauté, p. 40.

4. Le Brun, *Traité des communautés ou sociétés taisibles*, v. Introduction

ensemble. » La raison de leur existence se rattachait à la constitution familiale et sociale. Les serfs formant entre eux une pareille société, échappaient à la main-morte et pouvaient écarter ainsi leur seigneur de leur succession. Cette société était composée du père, de la mère et des enfants, même après leur mariage. Le plus âgé administrait la société en la représentant vis-à-vis des tiers. Lorsqu'un de ses membres mourait, la communauté continuait à fonctionner, la part du défunt augmentant celle des survivants. Loysel disait : « Serfs ou mainmortables ne peuvent tester et ne succèdent les uns aux autres, sinon tant qu'ils sont demeurant en commun ¹. »

Elle se dissolvait lorsque les associés vivaient à part et se séparaient leurs biens.

Mais, la vie sociale et familiale se transformant, et, le servage en disparaissant, les *sociétés taisibles* deviennent moins fréquentes dans l'usage pratique. En outre, s'il y avait à cette époque de défaveur à l'égard des associations, les *sociétés taisibles*, quelquefois, n'ont pas été plus respectées. Il y avait des coutumes qui les interdisaient. Ainsi, l'ancienne coutume d'Orléans, dans son article 80, prohibait leur constitution. Au contraire, l'ordonnance de Moulins, 54, permettait leur constitution, mais exigeait, pour leur formation, un acte écrit. En dehors de ces constatations générales, il faut ajouter que les sociétés taisibles ne peuvent pas être considérées comme de véritables sociétés, car leur but est caractérisé plutôt par un intérêt moral que matériel ².

1. Loysel, *op. cit.*, l. 1, tit. 1, n° 74.

2. V. Brissaud, *op. cit.* V. Sociétés taisibles.

135. En examinant les auteurs, on trouve que le principal caractère de la société, bien avant la Révolution, c'est sa constitution en vue d'un but consistant dans la recherche d'un bénéfice quelconque qui doit être partagé entre les associés. Ce caractère ressort avec évidence de la définition un peu longue que Pothier donnait à la société : « La société est un contrat par lequel deux ou plusieurs personnes mettent, ou s'obligent de mettre en commun quelque chose, pour faire, en commun, un profit honnête, dont elles s'obligent réciproquement de se rendre compte ¹. » Par conséquent, « il est de l'essence du contrat de société que chacune des parties apporte ou s'oblige d'apporter quelque chose à la société ² » et que les membres qui la forment se proposent de faire un gain ou un profit. Domat exprime la même pensée que Pothier en disant que le but des sociétés « est de faciliter l'entreprise, l'ouvrage, le commerce, ou autre affaire pour laquelle on entre en société, et de faire que chaque associé retire de sa part contributoire, jointe au secours des autres, les profits et les autres avantages qu'aucun d'eux ne pouvait avoir à lui seul ³ ».

Il en résulte que ce qui caractérise les sociétés de l'ancien droit, par opposition aux associations, c'est le *but poursuivi*. Les associations ou corporations de l'ancien droit se proposent un but, en général *idéal*, qui peut être soit *professionnel*, soit *religieux*, soit *politique*. C'est à cause de ce caractère qu'elles sont soumises à de nombreuses restrictions. Au contraire, les membres d'une société véritable poursuivent un but matériel. Ils ont en

1. Pothier, *Traité du contrat de société*, n° 1.

2. Pothier, *op. cit.*, n° 8.

3. Domat, *Les lois civiles*, 1766, t. I, tit. 8, introd. p. 70.

vue un gain, ce que les auteurs cités plus haut appellent *un profit*, lequel peut résulter de l'exploitation des biens de la masse commune. Mais, dans l'esprit de ces auteurs, le profit doit être un *bénéfice pécuniaire* ou un *gain matériel* qui ajoute à la fortune des associés, en d'autres termes, un profit direct résultant de l'exploitation des biens de la masse sociale. Si l'exploitation des biens a comme résultat la réalisation d'économies au profit des associés, c'est-à-dire qu'il n'y aurait rien d'ajouté d'une manière positive à la fortune des associés, il n'y a pas *esprit de lucre*, et, par conséquent, l'existence d'une véritable société pourrait être contestée. Toujours est-il que, jusqu'à la fin du régime de l'ancien droit, le *métayage* ou *colonage partiaire* et la *communauté conjugale*, dont nous nous sommes occupé, ont été considérés comme de véritables sociétés¹. Toutefois, à la veille de la rédaction du Code civil, une ligne de démarcation séparait ces institutions juridiques de la véritable société.

Section II. — La division des sociétés et la personnalité juridique dans l'ancien droit.

§ 1. La ligne de démarcation entre les sociétés civiles et commerciales. — § 2. La personnalité juridique dans l'ancien droit.

§ 1. — LA LIGNE DE DÉMARCATIION ENTRE LES SOCIÉTÉS CIVILES ET COMMERCIALES.

135. Les principaux caractères des sociétés civiles par opposition aux différentes sociétés commerciales.

136. La ligne de démarcation entre les sociétés civiles et commerciales n'était pas ignorée dans l'ancien droit.

1. Cons. Saleilles, *Annales de droit commercial*, 1895, Doctrine, n° 4 et 12.

Seulement, si l'on puise les recherches dans les anciens auteurs, on constate qu'ils n'ont pas assez nettement séparé ces deux sortes de sociétés. Ainsi, par exemple, Pothier ne parle qu'incidemment des sociétés commerciales en leur consacrant seulement quelques pages¹. Néanmoins, il ressort des anciens textes législatifs, une différence entre les sociétés civiles et commerciales qui s'accroît de plus en plus en nous approchant de la fin du régime de l'ancien droit.

Ce qui paraît certain, en examinant la ligne de démarcation entre ces deux espèces de sociétés, c'est qu'elle ressort des formes prescrites par les anciens textes législatifs pour la constitution des sociétés. Ainsi, alors que la constitution des sociétés civiles n'était assujettie à aucune formalité, l'ordonnance de Blois de 1579, dans l'article 357, prévoit des formalités spéciales pour la constitution des sociétés commerciales, établissant ainsi une sorte de critérium formel, entre ces deux sortes de sociétés. De plus, pendant toute le régime de l'ancien droit en matière de société civile, en appliquant la règle générale suivant laquelle, lorsque plusieurs personnes contractent ensemble une obligation quelconque, *elles sont censées être obligées chacune pour sa part*, — les associés n'étaient tenus que jusqu'à concurrence de leur part dans la société. Cette règle paraît consacrée dans l'ancien droit, et ressort avec évidence de l'article 7 d'une ordonnance de 1673². Lorsqu'il s'agissait d'une association en participation, qu'on appelait généralement *comptes à demi* ou *sociétés anonymes*, les tiers ayant des obligations contrac-

1. Pothier, *op. cit.*, n° 56 et suiv.

2. Beaumanoir, *Les coutumes du Beauvaisis*, XXI, 31. Edit. Beugnot, t. I, p. 320.

tées avec elle ne pouvaient exercer leur action que contre les associés avec lesquels ils avaient contracté. Au contraire, dans une société en commandite, les commandités, ou les associés principaux, — comme on les appelait à cette époque, — étaient tenus *solidairement* pour les obligations sociales ; tandis que les commanditaires, ou associés supplémentaires, en vertu de l'ordonnance de 1675 citée plus haut, n'en étaient responsables que jusqu'à concurrence de leur part. En ce qui concerne les sociétés par actions nommées *compagnies*, en général elles étaient des institutions juridiques de droit public, — sauf quelques exceptions — ayant pour but le droit d'entretenir des troupes ou encore d'exploiter des colonies. Ce droit leur était conféré par des *chartes* spéciales. Leur capital social était divisé en parts cessibles ou actions ; les associés échappaient aux règles de la loi commerciale sur la solidarité, et, par conséquent, la responsabilité de chaque associé était limitée au montant de son apport. Le fait que ces sociétés de capitaux étaient soumises, quant à leur constitution, et leur fonctionnement, aux règles du droit public, leur conférant des prérogatives importantes, ne peut s'expliquer que par la qualité des membres qui les composaient et qui étaient tous de la classe dirigeante des nobles.

Les généralités passées en revue nous prouvent que la ligne de démarcation entre le domaine des sociétés civiles et des sociétés commerciales ainsi que leur réglementation s'approchent par leurs caractères de la nature et des dispositions génériques caractéristiques aux sociétés respectives à la veille de la rédaction des Codes ¹.

1. Cons. Hayem, *op. cit.*

§ 2. — LA PERSONNALITÉ JURIDIQUE DANS L'ANCIEN DROIT.

137. La reconnaissance de la personnalité juridique aux associations. — 138. La situation des sociétés à cet égard.

137. La personnalité juridique dans l'ancien droit est réapparue certainement avec la renaissance du droit romain. Pendant la période des invasions, l'instabilité de la vie sociale n'a pas pu permettre l'organisation de groupements de personnes en associations de toutes sortes. C'est seulement à la fin de cette époque que l'autorité publique, à l'instar du droit romain, confère la qualité de personnalité morale aux différentes associations. Seulement, en ce qui concerne cette question, il y a une distinction à faire entre les associations et les sociétés.

En général, les associations régulièrement constituées par *lettres patentes* ayant un caractère nettement public, étaient douées de la personnalité juridique. Les anciens textes contiennent très peu de précisions sur la personnalité juridique ¹. Au contraire, Pothier déclare que « les corps et communautés établis suivant les lois du Royaume sont considérés, dans l'Etat, comme tenant lieu de personnes : *veluti personam sustinent*, car ces corps peuvent, à l'instar des personnes, aliéner, acquérir, etc..., les corps sont des êtres distincts de toutes les personnes qui les composent... ; le créancier de ce corps ne peut donc exiger de chacun des particuliers ce qui lui est dû par ce corps ² ». Il en résulte que la personnalité juri-

1. Beaumanoir, *op. cit.*, chap. XXI.

2. Pothier, *Traité des Personnes*, édit. Bugnet, t. IX, p. 78, n° 210.

dique a été accordée *comme une sorte de bénéfice*, seulement aux associations ayant une longue durée et qui étaient autorisées, quant à leur constitution et fonctionnement, par des *lettres patentes*.

138. En ce qui concerne les sociétés en général, elles n'étaient pas personnifiées. Néanmoins, il y a des auteurs qui, sans faire aucune distinction entre les sociétés, s'appuyant sur le système qui admettait la personnalité juridique des sociétés en droit romain, et sur l'autorité de Balde, admettaient l'existence d'un être distinct de la personnalité des associés, en matière de sociétés¹.

Contrairement à cette opinion, la quasi-unanimité des anciens auteurs refusent d'admettre la personnalité des sociétés. Nous avons constaté que Pothier, lorsqu'il parle des associations, admet leur personnalité juridique, tandis que lorsqu'il traite des sociétés civiles il ne fait aucune mention de cette question ; au contraire, des solutions qu'il présente il ressort d'une façon nette que ces sociétés sont dépourvues de la personnalité juridique. A quelle époque la théorie de la personnalité juridique a-t-elle pu être admise en matière de sociétés et pour quelles raisons ? A cette question, M. Meynial répond : « Il est probable que ce sont les sociétés commerciales qui ont formé la transition. » A la fin de la monarchie, il y avait de grandes associations appelées *compagnies*, dont l'œuvre à accomplir ayant, à la fois, un caractère d'utilité générale et privée, on leur accorda le bénéfice

1. Troplong, *op. cit.*, t. I, n° 65.

de la personnification, le but d'utilité publique l'emportant sur le but pécuniaire. Toujours est-il que c'est « vraisemblablement seulement au moment de la rédaction du Code de commerce que ces notions ont changé. Les commercialistes partent, non pas des données théoriques et romaines du Code civil, mais d'une pratique qui n'est encore sanctionnée que par l'usage. Et ce n'est que des sociétés commerciales que l'on a pensé à étendre la personnalité aux sociétés civiles ¹ », question que nous avons examinée à propos de la jurisprudence française concernant l'admission de la personnalité juridique des sociétés civiles.

Par conséquent, de la faveur de la personnalité juridique, ne bénéficiaient que les *compagnies* ou sociétés par actions qui avaient une organisation corporative. Toutes les autres sociétés, et spécialement les sociétés civiles et les associations en participation, n'avaient pas la personnalité juridique. Les sociétés en nom collectif et en commandite, tout en étant dépourvues de cette qualité principale, en pratique, à cause de leur patrimoine destiné à un but fixé dans l'acte social, jouissaient de tous les avantages découlant de la personnalité juridique, comme celle-ci leur avait été reconnue ².

1. Meynial, note dans S. 1892.1.497; voir aussi Brissaud, *op. cit.*, t. II, pp. 1456 et suiv.

2. Saleilles, *op. cit.*, n° 17 et suiv.

Section III. — La période de formation du concept actuel de l'association et de la société.

§ 1. *Les traits caractéristiques des associations et leur évolution.* — § 2. *Les caractères de la société avant le Code civil.*

§ 1. — LES TRAITS CARACTÉRISTIQUES DES ASSOCIATIONS ET LEUR ÉVOLUTION.

139. L'attitude de la Révolution à l'égard des associations. —

140. Les associations à but idéal. — 141. Les associations à but économique et professionnel.

139. La Révolution a changé complètement le caractère de l'association en la transformant d'institution de droit public en institution de droit privé. En effet, les associations de l'ancien régime, comme nous l'avons constaté, jouissaient de véritables privilèges, constituant ainsi des institutions juridiques qui faisaient un véritable obstacle aux progrès des idées égalitaristes issues des principes formulés par la Révolution. Aussi, la loi Chapelier, des 14-17 juin 1791, qui resta en vigueur jusqu'en 1884, décida, par son article premier, « l'anéantissement de toute espèce de corporation de citoyens du même état ou profession, étant une des bases fondamentales de la Constitution française, il est défendu de les rétablir de fait sous quelque prétexte ou sous quelque forme que ce soit ». La même attitude a été prise à l'égard des congrégations religieuses qui furent aussi supprimées par les Décrets des 13-19 février 1790 et celui du 19 août 1792. Ces mesures ont eu comme effet principal de transformer, par une évolution rapide, les associations en institutions de droit privé.

140. Le Code civil n'ayant pas parlé du contrat d'association, c'est dans les textes répressifs qu'il faut chercher ses caractères principaux. C'est ainsi qu'avant la loi du 1^{er} juillet 1901, si une association groupait plus de vingt personnes, elle tombait sous les dispositions des articles 291 et 292 du Code pénal. Ces articles subordonnaient leur formation à une autorisation préalable donnée par le gouvernement¹ Ce qui caractérisait les associations bien avant ladite loi, *c'est qu'elles étaient constituées par des personnes liées entre elles par des engagements réciproques en vue d'un but déterminé préalablement*. Leur existence est d'une nature permanente par la mise en commun des connaissances ou l'activité de leurs membres pour un but déterminé. Elles peuvent exister valablement sans un fonds commun de nature patrimoniale, et doivent avoir un but, — ce qui a été décidé par les tribunaux civils, — *autre que de partager les bénéfices* produits par le fonds social. Ces caractères principaux ont été retenus, comme nous l'avons vu, par l'article 1^{er} de la loi du 1^{er} juillet 1901.

141. En ce qui concerne les associations à *but économique et professionnel*, elles étaient englobées, pendant une bonne partie du xix^e siècle, dans la notion d'association à but idéal, et soumises en conséquence aux dispositions respectives du Code pénal. A partir de la moitié du xix^e siècle, une série de lois étant intervenues, elles ont commencé à bénéficier d'un régime plus favorable².

1. Hayem, *op. cit.*, n° 17 et suiv.

2. Cons. à cet égard : la loi du 21 juin 1865 sur les associations syndicales de propriétaires; la loi du 24 juillet 1867, qui traite des sociétés coopératives-des assurances mutuelles et des tontines; la loi du 21 mars 1884 sur les syndicats professionnels; la loi du 6 novembre 1894 sur les caisses de crédits agricoles; la loi du 1^{er} avril 1898 sur les sociétés de secours mutuel; la loi

Cette période commence en 1810, date du Code pénal, et s'étend jusqu'au commencement de la deuxième moitié du XIX^e siècle, date à laquelle la série des lois citées à la note fait que ces associations échappent aux rigueurs des dispositions du Code pénal, en les approchant du domaine du droit privé et quelquefois de celui des véritables sociétés.

La loi du 1^{er} juillet 1901, en intervenant, a fait commencer une nouvelle époque pour toutes les associations. Elle forme *le droit commun* applicable en matière d'associations, qui sont entrées, depuis cette date, définitivement sous le régime du droit privé, *après avoir fait une longue évolution très mouvementée sous l'empire du droit public*. A partir de 1901, l'association constitue une *convention de droit privé*, qui peut être conclue entre plusieurs personnes en vue d'un but fixé dans l'acte social, et qui doit être autre que de partager les bénéfices résultant du fonds social. C'est ce caractère qui la distingue de la véritable société, ainsi que nous l'avons constaté au début de notre étude¹.

§ 2. — LES CARACTÈRES DE LA SOCIÉTÉ

AVANT LE CODE CIVIL

142. L'œuvre de la Révolution concernant les sociétés commerciales. — 143. Son attitude envers les sociétés civiles.

142. Pendant l'époque qui s'écoule avant la rédaction du Code civil, l'activité législative a marqué une prodigieuse ascension dans tous les domaines de la vie juridi-

du 9 avril 1898 sur les syndicats de Chambres de commerce; la loi du 31 mars 1899 sur les caisses de crédit agricole et celle du 4 juillet 1900 sur les assurances mutuelles agricoles.

1. Voir : Association et Sociétés, n° 31 et suiv.

que en modifiant de fond en comble toutes les institutions *juridico-sociales*.

En effet, ce changement peut être observé dès le commencement de la Révolution. La loi des 2-17 mars 1791, qui était, dans le principe, une loi de finances, non une loi industrielle, avait proclamé dans l'article 7 la liberté du commerce et de l'industrie: « Il sera libre à toute personne de faire tel négoce ou d'exercer telle profession, art ou métier qu'elle trouvera bon, sauf à se pourvoir auparavant d'une patente et d'en acquitter le prix, en se conformant aux règles de police, qui sont ou pourront être faites. » L'effet principal de cette loi, au point de vue de la situation des sociétés, était *la liberté de la constitution des sociétés par actions* et leur multiplication avec une prodigieuse rapidité. Néanmoins, il faut relever une grave méprise, qui, d'ailleurs, n'est pas l'œuvre de la Constituante elle-même, mais plutôt l'œuvre de la Législative qui l'a remplacée en 1791, et qui s'est bien gardée de restaurer la conception des sociétés de l'ancien régime. Et c'est ainsi que les grandes sociétés commerciales formées à la suite de la loi citée plus haut, et qui étaient libres, virent, peu de temps après, jaillir sur elles la défaveur dans laquelle on tenait les grandes compagnies privilégiées, survivantes en quelque sorte de l'ancien droit (Compagnie des Indes Orientales, etc.). Par suite, on commençait même à considérer les sociétés commerciales libres comme étant de nature à favoriser l'*agiotage*. Et c'est ainsi qu'une année après, l'Assemblée législative, par un Décret du 27 août 1792, et la Convention ensuite, par un Décret du 29 novembre 1792, prirent des mesures rigoureuses pour gêner la circulation des actions des sociétés commerciales, qui, disait-on, prêtent

à l'agiotage. Un autre Décret de la Convention, du 24 avril 1793, décida, dans l'article 2, que toutes les associations, — *sociétés commerciales*, — dont le capital est divisé en actions au porteur, ou en effets négociables même inscrits sur un livre, et transmissibles à volonté, ce que l'on appelle aujourd'hui des actions nominatives, sont supprimées et, à l'avenir, il ne pourra être formé de pareilles associations, — *sociétés commerciales*, — ou *compagnies*, sans une autorisation préalable du Corps législatif. Ce Décret a été modifié, un an après, par un autre du 29 germinal an II, qui aggravait singulièrement les mesures précédentes, parce qu'il ne permettait plus la formation de ces sociétés commerciales, même avec autorisation, « sous aucun prétexte et sous quelque dénomination que ce soit ». Cette suppression radicale a eu pour conséquence d'*entraver une des institutions juridiques les plus démocratiques et les plus efficaces à la formation et à l'emploi des petits capitaux*.

Mais, cette prohibition des sociétés de commerce fut rapportée, heureusement, quelques années après, sous le Directoire, par une loi du 30 brumaire an IV, 21 novembre 1795. A partir de cette loi, de nombreuses facilités furent accordées à la formation de sociétés commerciales, qui, pendant un si court temps, ont eu une évolution très mouvementée.

143. En ce qui concerne la *société civile*, elle n'a subi aucune modification *essentielle et directe*. Elle avait, pendant cette époque, tous les caractères que nous avons examinés à propos de sa réglementation à la fin de l'ancien régime. Néanmoins, son domaine d'application dans la vie pratique était très restreint. La proclamation de la

liberté du commerce et de l'industrie, tout en étant gênée parfois par la législation de la Révolution, a poussé enfin les sociétés commerciales à une extension remarquable. Les caractères et les règles du fonctionnement de la société civile, tels qu'ils étaient empruntés par les anciens auteurs au droit romain, et en quelque sorte *consacrés définitivement à cette époque*, ne pouvaient garantir un développement prodigieux de celle-ci dans la vie économique. Toutefois, dans la pratique, les sociétés civiles étaient assez nombreuses, et leur utilité devenait évidente, principalement pour l'exploitation des terres qui constituaient, pendant ce temps, dans la vie sociale, la principale fortune.

Il en résulte qu'à la veille de la rédaction du Code civil, la société civile était avoisinée par deux institutions juridiques : les *associations* et les *nombreuses sociétés commerciales* qui s'opposaient à l'extension de celles-ci. Les sociétés commerciales, surtout à raison de leur importance pratique, et des règles qui les régissaient, étant plus nombreuses et par conséquent toujours sous l'attention du législateur qui *comblait les lacunes existant dans leur réglementation et leur fonctionnement* — se dressaient comme des barrières à l'encontre des sociétés civiles, devenant ainsi les formes les plus efficaces pour le développement de la vie économique et commerciale.

DEUXIÈME PARTIE

La Réglementation législative et jurisprudentielle de la Société civile en droit français et en droit comparé.

TITRE PREMIER

La société civile dans le droit français

CHAPITRE PREMIER

LA SOCIÉTÉ ET SES CARACTÈRES GÉNÉRAUX

SECTION I. La nature du contrat de société et ses éléments essentiels. — SECTION II. Les apports des associés. — SECTION III. La forme et la preuve du contrat de société.

Section I. — La nature du contrat de société et ses éléments essentiels.

§ 1. *La nature du contrat de société.* § 2. — *Les éléments essentiels de la société.*

§ 1. — LA NATURE DU CONTRAT DE SOCIÉTÉ.

144. Les conditions essentielles de la société. — 145. Capacité. — 145 (*suite*). Société entre époux. — 146. Consentement. — 147. Objet et cause. — 148. Nullité des sociétés illicites.

144. Le contrat de société, tel qu'il est défini par l'article 1832 du Code civil, est un *contrat consensuel, synallagmatique, à titre onéreux et commutatif*. Il en résulte que, pour la conclusion de ce contrat, il faut que les parties aient la *capacité* de contracter, que leur consentement soit *exempt de tous vices*, et enfin, que *l'objet et la cause* soient *réels et licites*.

D'autre part, de la combinaison des articles 1832 et 1833, ressortent les éléments essentiels de la société, qui sont au nombre de quatre : a) *L'obligation de chaque associé de faire un apport* ; b) *la société doit avoir comme but la réalisation de bénéfices* ; c) *les bénéfices réalisés doivent être partagés entre les associés* ; et d) *chaque associé doit participer aux partages des bénéfices, de même qu'il doit supporter les pertes* ¹. A défaut d'une seule de ces conditions, il n'y a pas de société, même lorsqu'un prétendu associé aurait traité sans le consentement des autres, des affaires sous le nom d'une firme comprenant leurs noms ².

145. Conformément aux dispositions de l'article 1123 du Code civil, toute personne est apte à contracter si elle n'en est pas déclarée incapable par la loi. Or, l'article 1124, en complétant l'article 1123, déclare comme incapables : « les mineurs, les interdits, les femmes mariées, dans les cas exprimés par la loi et généralement tous ceux à qui elle a interdit certains contrats ». La société constituée avec un incapable est frappée de *nullité*. Mais, c'est une *nullité relative* qui peut être invoquée par l'incapable ou par son représentant légal. Si l'incapacité a cessé, la nullité peut être demandée par l'intéressé lui-même, à moins qu'il n'ait pas ratifié *expressément* ou *tacitement* (art. 1125 et 1338. Code civil). Néanmoins, pour sauvegarder les intérêts des autres coassociés et des tiers créanciers, la doctrine, lorsqu'ils sont de bonne foi et que l'incapacité a pris fin, leur donne une *action provocatoire* pour contraindre l'incapable

1. A. Colin et H. Capitant, *op. cit.*, t. II, p. 610.

2. Colmar, 25 mars 1929, *Rev. Alsace-Lorraine*, 1930-36.

pable à prendre parti entre le maintien ou la nullité de la société¹. Une fois la nullité prononcée, elle opère rétroactivement *erga omnes*. L'apport de l'incapable devra lui être restitué, et il ne répondra pas des obligations de la société, celle-ci ne produisant aucun effet à l'égard de lui².

145 (*suite*). — Une jurisprudence fort ancienne et définitivement établie annule la société constituée entre les époux. Une pareille société portait atteinte à l'*autorité maritale* et surtout au principe de l'*immutabilité* des conventions matrimoniales³. Toutefois, une doctrine récente n'annule une société constituée entre époux que lorsqu'elle dissimule une fraude envers la loi portant atteinte surtout aux dispositions des articles 1388 et 1395 du Code civil⁴.

En matière de société entre époux, époux et tiers, la jurisprudence a commencé par prononcer la nullité absolue en la qualifiant *d'ordre public*⁵. La nullité de cette société, en appliquant les règles du droit commun, peut être demandée par tout intéressé ; la société ne produit aucun effet et est opposable à tous ; enfin, la nullité n'est pas susceptible de se couvrir par prescription ou confirmation⁶. Néanmoins, quand une pareille société a fonctionné, la jurisprudence admet des atté-

1. Hémar, *Théorie et pratique des nullités de sociétés et des sociétés de fait*, 2^e édit., 1926, n° 114.

2. Cass., 6 janv. 1913, *J. S.*, 1913, 157.

3. Cette nullité résulterait indirectement et par analogie des art. 1096 (mandat), 1595 (vente) et 1840 (société universelle).

4. E. Thaller et J. Percerou, *op. cit.*, n° 346 et suiv., pp. 246 et suiv. ; Lyon-Caen et Renault, *op. cit.*, t. II, n° 78 ; Cottet, *De la nullité des sociétés entre époux*, th., Lyon, 1920.

5. Paris, 25 mai 1919, *J. S.*, 1920, 41.

6. Dijon, 27 juill. 1870, D. 1872.2.43.

nuations en déclarant que la nullité atteint seulement l'*avenir* et que le passé reste acquis. Il y aura donc, pour le passé, entre les époux, une *société de fait*, dont la liquidation se fera conformément au droit commun¹. « Ce caractère précaire de la société n'aurait pas grand inconvénient si la thèse se limitait aux sociétés formées entre deux époux seulement. Mais, comme elle s'étend aux sociétés formées avec un tiers, et devrait même, si l'on voulait être logique, s'étendre à une société par actions, par cela seul que mari et femme y souscriraient l'un et l'autre des actions (quand même le mari ne serait pas administrateur) — résultat inadmissible devant lequel recule la pratique — cette exagération la condamne absolument². »

146. Le consentement des parties contractant une société est nécessaire. Le consentement doit porter sur *tous les éléments constitutifs de la société*. L'absence du consentement rend la société nulle, d'une nullité absolue³. Entre les associés il y aura une communauté de fait qui se liquidera conformément aux règles du droit commun.

Du principe du consentement des parties résulte que *la société commence à l'instant même où intervient le consentement*, à moins que les parties n'en aient fixé le commencement à une autre époque. Le consentement ne doit être entaché de violence, de vol ou fraude ni

1. Civ., 23 janv. 1912, D. 1912.1.481; Civ., 3 juill. 1917, D. 1917.1.127; Req., 1^{er} févr. 1926, S. 1926.1.134.

2. E. Thaller et J. Percerou, *op. cit.*, n^o 349, p. 248.

3. Orléans, 28 juill. 1887, D. 1888.2.258 (il s'agit d'une société civile par actions).

d'erreur. Les règles applicables en cette matière à tous les contrats y ont leur validité ¹.

147. L'objet et la cause constituent ce que l'on appelle, en général, le but que poursuit la société. Conformément à l'article 1833 du Code civil, chaque société doit avoir un objet possible et licite ².

Dans ce sens, la constitution d'une société, sous *condition suspensive* concernant son objet, est valable. Si la condition est réalisée, la société est censée avoir toujours eu l'existence légale ; au contraire, si elle ne se réalise pas, on considère qu'elle n'a jamais eu d'existence légale ³. En appliquant ce principe, on décide que si l'objet de la société est matériellement *irréalisable*, elle est nulle ⁴.

L'objet est illicite en vertu des dispositions de l'article 1133, du Code civil, lorsqu'il est prohibé par la loi, ou contraire aux bonnes mœurs, ou à l'ordre public. Ainsi, *toute société constituée pour l'exploitation d'un office public ou ministériel est nulle* ⁵. En effet, la loi du 28 avril 1816, dans l'article 91, n'a pas établi la *vénalité des offices* et, par conséquent, le titulaire d'un office ne peut donner sa fonction comme apport, celui-ci étant une délégation de la puissance publique, et par cela même, elle doit être exercée avec désintéressement.

1. Voir les art. 1111, 1112, 1113, 1115 et 1117 du C. civ.

2. Trib. com. Seine, 9 déc. 1903, *J. S.*, 1904, 222; voir aussi M. Richier, *Régime des sociétés nulles à raison de leur objet ou du consentement des parties*, th., Paris, 1910, pp. 32-37.

3. Riom, 30 déc. 1918, *J. S.*, 1921, 108.

4. Civ., 30 juill. 1912, S. 1913.1.130.

5. Civ., 6 août 1872, D. 1872.1.294; de même une société constituée pour l'exploitation d'une charge ou office, quand la loi n'en permet pas le partage, est nulle : Cass., 13 juill. 1927, *G. P.*, 14 oct. 1927.

De même, sont frappées de nullité les sociétés constituées pour *l'exploitation d'une profession pour laquelle existent des dispositions légales*, étant régies par différentes lois¹. La loi du 21 germinal, an XI, dans l'article 32, déclarant nuls les contrats relatifs à la mise en vente ou l'exploitation des produits constituant des *remèdes secrets*, il s'en suit que toute société ayant comme objet l'exploitation de *produits pharmaceutiques* non inscrits au *Bulletin de l'Académie de médecine*, ou « non préparés d'après une formule magistrale », est nulle².

Sont également nulles les sociétés pour l'exploitation des *jeux de hasard*³ et, généralement, toutes les sociétés constituées en vue de frauder le fisc⁴.

On pourrait ajouter à cette énumération, comme frappées de nullité, les sociétés formées en vue d'*entraver la liberté de commerce et d'industrie* établie par la loi des 2-17 mars 1791 dont nous avons parlé; celles qui auraient comme objet *la traite des nègres* ou *la traite des blanches*, *l'usure*, *le vol*, etc., en un mot, celles constituées, par application de l'article 6 du Code civil, comme contraires à *l'ordre public* et *aux bonnes mœurs*.

148. Par conséquent, une société ayant un objet prohibé par la loi, ou contraire aux bonnes mœurs ou à l'ordre public, *est nulle d'une nullité absolue*, qui, en conséquence, ne sera susceptible de se couvrir par prescription extinctive, et pourra être invoquée par tous les intéressés, en tout état de cause et sera opposable à tout

1. Req., 21 juin 1898, D. 1899.1.53; Trib. com. Lyon, 19 mars 1904, R. S., 1907, 71 (société entre médecin et pharmacien).

2. Trib. com. Marseille, 8 mai 1925, Rec. Marseille, 1926.1.327.

3. Paris, 9 avril 1897, D. 1899.2.244; Req., 24 mai 1913, D. 1916.1.264.

4. Douai, 11 nov. 1907, D. 1908.2.15.

le monde. Cette nullité doit être examinée dans les rapports des associés entre eux, et à l'égard des tiers. Ce qui est certain en pareil cas, c'est que, *entre les associés, la société est nulle*, d'une nullité d'ordre public, et ne peut avoir, conformément à l'article 1131 du Code civil, aucun effet pour l'avenir. Quant au passé, aux faits accomplis, la doctrine connaît *trois systèmes* différents pour résoudre la question.

Le *premier système* admettant la *rétroactivité de la nullité*, les associés pourront reprendre leur apports en nature, en qualité de propriétaires et les apports d'autre nature, en qualité de créanciers.

Le *deuxième système* se caractérise par le *refus de donner des actions pour les opérations accomplies* ou en cours d'exécution, en déclarant que l'on ne saurait admettre la poursuite de l'exécution d'une convention illicite, même pour les actions en reprise des apports. On invoque généralement, pour soutenir ce système, les maximes : *In pari causa turpitudinis, melior est causa possidentis* et *nemo auditur propriam turpitudinem allegans*, en en déduisant qu'il faut refuser toute action en justice, en cas de société illicite. Mais, ces maximes, déclare M. Hémar, dans son éminent ouvrage, sont sans application, en présence des dispositions des articles 1131 et 1235 du Code civil qui les contredisent ¹. Néanmoins, ce système admet quelquefois la reprise des apports par les associés ².

Le *troisième système* établit une liquidation des rapports entre les associés et la société d'une part, et les

1. J. Hémar, *op. cit.* Voir aussi : Ripert, *La règle morale dans les obligations civiles*, Paris, 1925, n° 104 et suiv.; Laurent, *op. cit.*, t. XXVI, n° 164-168. Req., 21 mars 1910, D. 1912.1.281.

2. Lyon-Caen et Renault, *op. cit.*, t. II, n° 73.

tiers de l'autre. D'après ce système, *les associés seront considérés comme de simples communistes*. Quant aux tiers, les contrats exécutés avec eux restent définitifs. La communauté sera liquidée entre les associés, conformément aux règles du droit commun, tenant compte de la règle de la proportionnalité des apports ¹.

La jurisprudence paraît être décidée à accepter le *troisième système*, seulement elle « n'apparaîtra logique et cohérente, en cette matière, que quand : 1° elle aura exactement précisé le domaine d'application des sociétés illicites ; 2° elle aura appliqué à ces sociétés toutes les conséquences qui découlent de leur nullité absolue et de leur caractère illicite, tout en ne méconnaissant pas l'autorité des faits ² ».

§ 2. — LES ÉLÉMENTS ESSENTIELS DE LA SOCIÉTÉ

149. L'obligation d'apporter. — 150. La réalisation des bénéfices. — 151. Le partage des bénéfices. — 152. Participation aux bénéfices et pertes. — 153. L'*affectio societatis*.

149. L'obligation des associés *de faire des apports à la société* est un des éléments constitutifs de celle-ci. Par conséquent, lorsque les associés n'ont rien apporté à la société, elle est nulle ³. En examinant les différents apports mis en société, nous constaterons que, toute *chose licite*, qui peut *présenter quelque utilité* pour la réalisation du but de la société, peut faire l'objet d'un apport. En appliquant cette idée, on devra considérer

1. Laurent, *op. cit.*, t. XXVI, n° 166-167; Lyon-Caen et Renault, *op. cit.*, t. II, n° 73 et suiv.; Bordeaux, 2 janv. 1900, D. 1901.2.150; Nîmes, 13 déc. 1919, J. S., 1919, 64; Trib. com. Seine, 17 nov. 1921, J. S., 1923, 356. Cons. également l'ouvrage cité de M. Hémaré où sont largement exposés ces trois systèmes.

2. J. Hémaré, *op. cit.*, n° 104, p. 135.

3. Lyon, 5 avril 1911, J. S., 1912, 328.

comme nulle la société dans laquelle on a apporté des *choses sans valeur* pour le but de la société, ou bien des choses tellement insignifiantes au point de vue de la valeur, que leur mise en commun équivaldrait à un *simulacre d'apport*. Dans ce cas, on considère les apports comme *fictifs*, et ils équivalent à *l'absence de l'apport*¹. D'une manière générale, la fictivité des apports a comme conséquence la nullité de la société². Néanmoins, lorsqu'il s'agit des *apports fictifs* dans une société par intérêts et de capitaux, la société n'est pas nécessairement nulle entre tous les associés, mais seulement à l'égard de l'associé qui a fait un *apport fictif*³. Il en résulte donc que l'obligation de faire ou de promettre de faire un apport ayant une valeur, et présentant une utilité pour la réalisation du but que la société s'est proposé lors de sa constitution, est un élément essentiel pour son existence.

150. En examinant la distinction entre l'association et la société, nous avons remarqué que la réalisation de bénéfices est une condition essentielle pour l'existence de la société, qui, en d'autres termes, s'appelle : *le but lucratif*, caractérisant la société par opposition à l'association⁴. Seulement, le mot *bénéfices*, ainsi que nous l'avons constaté autre part, a donné lieu à différentes interprétations. On a même soutenu que le simple usage d'une chose peut servir comme objet d'une

1. Besançon, 27 mars 1903, D. 1904.2.241; Trib. com. Seine, 9 déc. 1903, J. S., 1904, 222; Req., 17 janv. 1905.1.324.

2. Trib. civ. Seine, 2 nov. 1910, J. S., 1911, 446.

3. Paris, 3 févr. 1910, J. S., 1911, 123; Cons. spécialement la note de M. Wahl.

4. Cass., 4 août 1909, D. 1910.1.153, note Wahl; Cass., Ch. réun., 11 mars 1914, D. 1914.1.257 déjà citée.

société, car, au point de vue économique, on ne saurait nier le caractère lucratif d'un pareil but¹. Toutefois, généralement, on est allé plus loin, en soutenant que le mot *bénéfices* doit être interprété dans le sens de réalisation de *profits*, en d'autres termes, de faire l'exploitation du fonds social de telle manière qu'il produise des *gains positifs* au profit des associés. Or, pour la réalisation de ces gains positifs, la société doit faire des actes de spéculation, ce qui constitue le caractère essentiel d'une véritable société².

Néanmoins, on a interprété le mot *bénéfices* d'une manière plus large, d'après laquelle tout *avantage ayant la nature patrimoniale*, c'est-à-dire pouvant être *apprécié en argent*, peut constituer ce que le Code civil appelle *bénéfices* en matière de société³.

En général, on peut constater que la jurisprudence, plus ou moins excessive, en matière de société, exige que la convention passée entre les intéressés *soit de nature à leur procurer une valeur* qu'ils ne pouvaient se procurer en l'absence de la société existant entre eux.

151. Pour qu'il y ait société, comme nous l'avons vu, il ne suffit pas que les associés se proposent de réaliser des bénéfices il faut encore qu'ils se proposent de *les partager* au moment de leur réalisation, ou à une autre

1. Voir les numéros se rapportant à la distinction entre l'association et la société, et le n° 135.

2. Cass., 1^e déc. 1903, S. 1904.1.468; Cass., 6 févr. 1905, S. 1905.1.532; Req., 17 juill. 1905, S. 1906.1.419; Trib. civ. Lille, 19 juin 1911, *J. S.*, 1912, 39; Aubry et Rau, *op. cit.*, t. IV, n° 377, p. 543; Lyon-Caen et Renault, *op. cit.*, t. II, n° 34; voir aussi : Jurisprudence et doctrine citées aux généralités se rapportant à la distinction entre l'association et la société, n° 31 et suiv.

3. Cass., 15 avril 1902, S. 1903.1.289; Req., 25 avril 1910, *R. S.*, 1911, 51; voir aussi Colmar, 25 mars 1929, *Revue Alsace-Lorraine*, 1930-36 déjà citée.

époque fixée par eux. C'est le deuxième élément essentiel de la société, qui la distingue de l'association, celle-ci ayant un autre but que de partager les bénéfices. En effet, lorsqu'il s'agit d'une société, ce que les associés ont en vue spécialement, c'est le partage des bénéfices résultant de leur collaboration. C'est à cette fin qu'ils se sont mis dans une société. D'ailleurs, l'article 1832 du Code civil l'exprime expressément, en disant que les parties contractent une société « dans la vue de partager le bénéfice qui pourra en résulter ».

152. Pour que la société soit conforme aux prescriptions de la loi, *il faut que chaque associé participe au partage des bénéfices*, de même qu'il doit supporter les pertes éventuelles. En principe, donc, chaque associé devra partager *les bonnes chances et les mauvaises* qui pourront résulter des affaires sociales. En examinant, plus loin, le partage des bénéfices, ou, s'il y en a le cas, des pertes, nous allons rencontrer les règles fixées par les dispositions de la loi, ou la convention des parties, concernant cette matière. Bornons-nous à constater seulement que, conformément à l'article 1855 du Code civil, « la convention qui donnerait à l'un des associés la totalité des bénéfices est nulle ». Il en est de même de la convention qui affranchirait un ou plusieurs associés de toute contribution aux pertes subies par la société¹.

153. Il y a des auteurs qui, à ces quatre conditions, ajoutent encore une autre, qui dérive du droit romain ; c'est l'intention des parties de former une société : *affec-*

1. Voir A. Colin et H. Capitant, *op. cit.*, pp. 614 et 615.

*tio societatis*¹. Néanmoins, on n'attache pas, aujourd'hui, une grande importance à cet élément. C'est ainsi que M. Wahl est arrivé à le repousser comme élément de la formation de la société, en raisonnant de la façon suivante : « A notre avis, cette condition, qui dérive du droit romain, doit être rayée. Elle n'est pas écrite dans nos Codes; d'autre part, quand un contrat présente tous les caractères dont la réunion lui assigne, d'après les lois, une nature déterminée, la volonté des parties ne saurait se mettre au-dessus des lois. Les parties auraient beau qualifier de vente un bail, le contrat n'en serait pas moins un bail.

Aussi, malgré la définition que l'on donne de *l'affectio societatis*, n'entend-on pas que les parties puissent attribuer le caractère de société à un contrat qui ne réunit pas les conditions de la société, ou réciproquement, enlever ce caractère à un contrat qui les réunit. On en tire simplement la conséquence que l'employé intéressé et quelques autres contractants qui ont droit aux bénéfices sans participer aux pertes, ne sont pas des associés. Dès lors, la prétendue condition se confond avec celle de la nécessité d'une participation aux pertes². » D'autres auteurs caractérisent *l'affectio societatis* par la *volonté d'union* et celle d'*accepter délibérément tous les risques* du fonctionnement de la société³.

1. Cons. G. Ripert, Prêt avec participation aux bénéfices et sociétés en participation, *Annales de droit comm.*, 1905, pp. 52 et suiv.; Lyon-Caen et Renault, *op. cit.*, t. I, n° 57 et suiv.; Cass. civ., 20 juill. 1908, D. 1909.1.93.

2. Albert Wahl, *Précis théorique et pratique de droit commercial*, Paris, 1922, p. 153, § 469.

3. Cons. à cet égard : Hamel, *Affectio societatis*, *Rev. trim.*, 1925, pp. 760 et suiv.

Section II. — Les apports des associés.

§ 1. *Les différents apports.* — § 2. *Du fonds social.*

§ 1. — LES DIFFÉRENTS APPORTS.

154. Apports résultant des art. 1833, 1841 et 1851 du C. civ.

— 155. Obligations et conséquences résultant de la réalisation des apports concernant les associés et la société. — 156.

Autres apports et leurs règles.

154. Dans son deuxième alinéa, l'article 1833 du Code civil *exige que chaque associé apporte* à la société « ou de l'argent, ou d'autres biens, ou son industrie ». Les articles 1841 et 1851 ajoutent que l'apport peut consister dans certaines choses déterminées ou dans leur usage, ou dans les fruits à en percevoir. De toute façon, ainsi que nous l'avons constaté, il faut un apport quelconque fait par chacun des associés. En outre, il faut que tous les associés aient droit à une part des bénéfices, car, autrement, la société ne serait pas contractée dans l'intérêt commun des parties; elle serait lésionnaire. L'apport peut consister encore dans un bien qui est l'objet d'une obligation, meuble ou immeuble, corporel ou incorporel. Peuvent être l'objet d'un apport ; a) des *choses incorporelles*, comme une *clientèle*, un *brevet d'invention*, un *secret de fabrication*; b) des *choses futures*¹ ; c) la *destination d'une chose*, son *usufruit* ou sa *propriété* ; d) le *crédit commercial* ; et enfin e) une *promesse de vente* peut faire, elle aussi, l'objet d'un apport² ainsi qu'une *chose aléatoire*³.

1. Paris, 7 mai 1914, *J. S.*, 1916, 414.2. Aix, 24 févr. 1907, *J. S.*, 1909, 440; Trib. com. Lille, 12 déc. 1912, *J. S.*, 1914, 334.3. Paris, 27 juin 1888, *R. S.*, 1888, 483.

155. Conformément aux prescriptions de l'article 1845 du Code civil, chaque associé est *débiteur envers la société de tout ce qu'il a promis d'y apporter*. Les principes de la vente sur la transmission de l'apport à la société, sur la délivrance, sur la garantie, sont applicables au contrat de société. Tout cela résulte de l'article 1845 du Code civil, deuxième alinéa. Mais *l'étendue de ces obligations varie suivant la nature des apports* faits par les associés. Si l'apport a pour objet un corps certain, un meuble ou un objet déterminé, la société devient immédiatement propriétaire. Mais, s'il s'agit d'un immeuble, la société ne devient propriétaire à l'égard des tiers que par la transcription du contrat. Si l'apport consiste en une créance, la société est obligée de faire au débiteur la signification prescrite par l'article 1680 du Code civil ou d'obtenir son acceptation.

L'associé, apporteur d'un corps certain, *est garant comme un vendeur envers son acheteur*, lorsque la société en est évincée, avec cette différence toutefois que la société ne peut pas réclamer la restitution d'un prix qui, en réalité, n'existe pas ; mais elle peut demander la résiliation du contrat et des dommages-intérêts. Cette résiliation aura, en principe, un effet rétroactif, mais si jusque là des bénéfices ont été réalisés, l'associé gérant pourra avoir sa part comme les autres. Si l'apport consistant dans une somme d'argent n'a pas été fait, l'associé devient de plein droit, et sans mise en demeure, débiteur des intérêts de cette somme, à compter du jour où elle devait être apportée. Cela résulte de l'article 1846 du Code civil, et le tout *sans préjudice de plus amples dommages-intérêts*, s'il y a lieu, ce qui est une double dérogation établie par le Code civil dans l'article 1153.

Lorsque l'apport consiste dans la jouissance de différentes choses, *celles-ci demeurent aux risques de l'associé propriétaire* pourvu qu'elles soient de corps certains qui ne se consomment pas par l'usage (art. 1851, premier alinéa, Code civil). Si les choses sont consommables, ou si elles ont été destinées à être vendues, ou si elles ont été l'objet d'une estimation, elles sont aux risques de la société (article 1851, deuxième alinéa, Code civil).

L'apport fait par des mineurs à une société des droits indivis qui leur appartiennent sur des immeubles *ne saurait être assimilé à une vente* et soumis, comme tel, aux personnalités édictées pour les ventes d'immeubles appartenant à des mineurs; il suffit, pour la validité de cet apport, qu'il soit fait au nom des mineurs par leur tuteur, en vertu d'une délibération du conseil de famille homologuée par le tribunal civil ¹.

156. Le propriétaire d'un brevet d'invention peut apporter à la société soit la propriété de ce brevet soit seulement le droit de l'exploiter, jusqu'à son expiration ou pendant la durée de la société. L'apport d'un brevet dans une société ne pouvant être assimilé à une cession de brevet, les formalités prescrites par l'article 20 de la loi du 5 juillet 1844 pour la cession d'un brevet ne sont pas applicables à l'apport d'un brevet dans une société ².

Cette jurisprudence *nous paraît juste*, pour le cas où l'apport consiste dans une simple exploitation où jouissance d'un brevet. Mais, lorsqu'il s'agit de *l'apport d'un*

1. Riom, 2 mai 1907, D. 1908.2.109; cons. encore : Cass. req., 1^{er} août 1927, D. H. 1927, 429 (apport d'un immeuble).

2. Civ., 22 mars 1898, D. 1903.1.307.

brevet en propriété, en droit civil, cela nous apparaît comme une cession qui transfère la propriété de la personne de l'apporteur à celle de la société, *envisagée comme même être moral*, et, par conséquent, les prescriptions de l'article 20 de la loi de 1844 y sont applicables.

Les *concessions de travaux publics* accordées par l'Etat peuvent être apportées à une société constituée, en vue de les mettre en commun, ou en valeur et de les exploiter. Les associés qui se sont soumis à apporter leur industrie à la société lui doivent compte de tous les gains qu'ils ont faits par l'espèce d'industrie qui est l'objet de cette société (article 1847, Code civil). S'ils exercent une autre industrie, les gains qu'il en recueillent leur restent propres, à moins qu'il ne s'agisse d'une société universelle.

Au point de vue de la translation de la propriété des différents titres à l'égard des tiers, il faut procéder : a) à *l'endossement*, si l'apport comprend un titre à ordre (article 136, Code commerce); b) au *transfert*, s'il s'applique à des titres nominatifs (article 36, Code commerce); c) à la *mutation en douane*, s'il s'agit d'un bâtiment de mer (L. 27 vendémiaire an II, article 27) ¹.

§ 3. — DU FONDS SOCIAL.

157. Le fonds social. Possibilité de sa division en actions.
Conséquences.

157. L'ensemble des apports sociaux forme le *fonds social*, qui peut *augmenter ou diminuer selon la prospérité ou la décadence des affaires de la société*. Il ap-

1. Cons. sur les différents apports, C. Houpin et Bosvieux, *Traité général des sociétés*, 2 vol., Paris, 1929, t. I, pp. 108 et suiv.

partient exclusivement à la société. Le fonds social originaire reçoit le nom de *capital social* dans les inventaires et sert pour déterminer le chiffre des bénéfices ou des pertes.

La société civile peut diviser, ainsi que nous l'avons constaté déjà, *son capital en actions*, qui peuvent être soit *nominatives*, soit au *porteur*. Elle peut également emprunter à la loi commerciale *l'une des formes qu'elle a consacrées*, de même qu'elle peut conserver la forme d'un contrat purement civil. Mais, dans ce dernier cas, on a constaté la faculté de diviser son capital en actions à cause de l'obligation indéfinie qui doit peser sur les associés d'une société civile. Toutefois, on ne peut pas conclure à l'empêchement, car, si l'action est nominative, l'associé actionnaire sera toujours connu par le livre des transferts tenu au siège social; si elle est au porteur, le souscripteur originaire sera également connu par l'acte de souscription, et, par conséquent, toujours responsable. L'action n'est, au fond, qu'une part d'intérêt dans la société, et, dans ce cas, elle s'appelle *action de capital*; ou bien elle ne représente qu'une *part-aliquote* du fonds social et porte le nom d'*action de quotité*. Ce qui caractérise l'action c'est qu'elle est *négociable* par les voies commerciales : si elle est nominative, par une déclaration inscrite sur les registres de la société et signée du cédant (article 36, Code de commerce); si elle est au porteur par la tradition du titre. Si le fonds social a été divisé en parts d'intérêts dans le silence du contrat, leur transmission serait régie par la loi civile (articles 1689 et 1861, Code civil). Mais l'acte social peut les rendre négociables de la même manière que les actions. Dans les sociétés civiles, toute liberté appartient aux parties pour

régler le mode, le taux et l'émission des actions. C'est une lacune législative en songeant aux lois commerciales qui ont réglementé très minutieusement cette question. Ces actions sont indivisibles à l'égard de la société et les héritiers d'un actionnaire sont tenus de se faire représenter par l'un d'entre eux. *Elles sont meubles par la détermination de la loi.* L'article 529 du Code civil et la maxime : « en fait de meubles, possession vaut titre » sont applicables aux actions au porteur. La souscription des actions, pour engager le souscripteur, doit être acceptée. Le souscripteur originaire, après la cession de ses actions, même au porteur, reste obligé au paiement des versements non effectués. Quant aux porteurs actuels des actions, ils sont débiteurs de ce qui reste à verser. Néanmoins, pour les sociétés anonymes, et celles en commandite, la loi commerciale prévoit d'autres règles.

Section III. — La forme et la preuve du contrat de société.

§ 1. *La forme de la constitution des sociétés civiles.*

§ 2. *La preuve du contrat de société.*

§ 1. — LA FORME DE LA CONSTITUTION DES SOCIÉTÉS CIVILES

158. Règles générales concernant la forme des sociétés.

158. La majorité de la doctrine estime que l'acte de société peut être fait en *la forme authentique* ou *sous seing privé*. Et, dans ce sens, l'article 1834 du Code civil ne fait qu'appliquer au contrat de société les règles générales contenues dans les articles 1341 et suivants du Code civil. Par conséquent, si la société est constituée

par un acte sous seing privé, *il doit être dressé en autant d'exemplaires qu'il y a de membres dans la société*. La rédaction d'un écrit n'est réclamée que pour les besoins de la preuve, *ad probationem*, et, par suite, l'existence du contrat de société est indépendante de l'acte qui lui sert de preuve¹. Ainsi, lorsqu'il s'agit d'une société civile, l'on revient au droit commun des preuves. La sanction du défaut d'écrit n'est pas la nullité, ce qui se traduit, dans les conséquences suivantes : a) *pour l'avenir, la société n'est pas obligatoire*, quant à son existence, ni pour les associés, ni pour les tiers, et, b) *pour le passé, la société doit être considérée comme existante*, valant à titre de *société de fait*.

En pratique, les associés constituant une société, rédigent par écrit le mode de réalisation des apports, le fonctionnement de la société, sa durée, les causes de sa dissolution, et le mode de liquidation. La raison d'existence, de l'article 1834 du Code civil, rappelant les règles du droit commun, est due au fait qu'on a voulu proscrire, par lui, la forme de constitution des *sociétés taiseibles*, lesquelles, comme nous l'avons vu, commençaient à fonctionner au bout d'un an et un jour, sans qu'il fût besoin d'une convention pure et simple ou constatée par écrit.

En vertu des articles 62, 63, 64 et 65 de la loi du 13 juillet 1925, les sociétés civiles doivent remplir plusieurs formalités au bureau de l'enregistrement, où elles ont le siège de leur principal établissement. Lorsqu'il s'agit d'une société entre une personne et son successeur (art. 854, C. civ.) ou bien d'une société civile dans

1. Lyon-Caen et Renault, *op. cit.*, t. II, n° 171; Thaller et Percerou, *op. cit.*, p. 251, n° 354.

laquelle les administrateurs ont le pouvoir d'hypothéquer les immeubles sociaux, l'acte de société devra être dressé en la forme authentique. En ce qui concerne les sociétés commerciales, le Code commercial prescrit, en termes absolus, la rédaction d'un écrit.

§ 2. — LA PREUVE DU CONTRAT DE SOCIÉTÉ

159. Règles du droit commun en matière de preuve de société civile.

159. L'article 1834 du Code civil, en vertu duquel « toutes sociétés doivent être rédigées par écrit, lorsque leur objet est d'une valeur de plus de cent cinquante francs (*cinq cents francs, depuis la loi du 1^{er} avril 1928*) », ne concerne que les rapports des associés entre eux ; que les tiers peuvent établir, par les moyens de preuve ordinaires, l'existence de la société qu'ils prétendent être obligés à leur égard ¹.

Le juge du fond apprécie *souverainement* les documents produits pour prouver l'existence de la société ². Lorsqu'il s'agit de la preuve *des sociétés de fait*, celle-ci peut résulter d'un ensemble de circonstances établissant une coopération ayant pour but une exploitation en commun ³.

Néanmoins, *l'état de concubinage* ne peut être invoqué comme principe, ni comme preuve d'une communauté ou société de fait, dispensant le concubin, alléguant l'exercice d'une pareille société, dont l'objet est d'une valeur de plus de cinq cents francs, d'en rapporter une preuve littérale ⁴.

1. Civ., 25 oct. 1909, D. 1910.1.123.

2. Req., 10 janv. 1898, D. 1899.1.162.

3. Aix, 6 juin 1929, G. P., 1929.2.436.

4. Paris, 13 juin 1872, D. 1873.2.169; Paris, 3 mai 1922, D. 1924.2.9 et la note de M. Savatier; Bordeaux, 9 nov. 1927, G. P., 1928.1.139; cons. sur les sociétés entre concubins, Hémard, *op. cit.*, n° 111.

CHAPITRE II

DES SOCIÉTÉS UNIVERSELLES ET DE LA SOCIÉTÉ PARTICULIÈRE

SECTION I. Les sociétés universelles. — SECTION II. La société particulière.

Section I. — Les sociétés universelles.

§ 1. *La société universelle, de tous biens présents.* — § 2. *La société universelle de gains.*

§ 1. — LA SOCIÉTÉ UNIVERSELLE DE TOUS BIENS PRÉSENTS

160. Caractères généraux. — 161. Définition de la société universelle de tous biens présents.

160. Les sociétés civiles se divisent en *sociétés universelles* et en *sociétés particulières*. Les premières sont divisées en *sociétés universelles de tous biens présents*, et en *sociétés universelles de tous gains* (art. 1836, C. civ.).

En vertu de l'article 1840 du Code civil, « nulle société universelle ne peut avoir lieu qu'entre personnes respectivement capables de se donner ou de recevoir l'une de l'autre, et auxquelles il n'est point défendu de s'avantager au préjudice d'autres personnes ». Ainsi, en appliquant cette disposition, si une société universelle de gains *se forme entre deux époux*, qui sont mariés

sous le régime de la communauté légale, elle est frappée de nullité. La raison donnée par la Cour de cassation est celle que nous avons examinée à propos de la société, en général, formée entre deux époux : « attendu qu'ils (les époux) ne peuvent contracter entre eux une société proprement dite, régie, non par les principes auxquels est soumise l'association conjugale, mais par ceux qui, en matière de société ordinaire, sont applicables aux associés, soit dans leurs rapports respectifs, soit dans leurs rapports avec les tiers; qu'une telle société, existant entre époux, conférerait à chacun de ses membres une égalité de droits incompatible avec l'exercice de la puissance maritale ¹... »

La simple convention de société universelle intervenue entre plusieurs personnes, sans aucune clause spécifiant le caractère de celle-ci, *n'importe que la société universelle de gains*, conformément aux dispositions de l'article 1839 du Code civil.

161. On entend par société de tous biens présents, la société dans laquelle les parties mettent en commun tous les biens meubles et immeubles qu'elles possèdent actuellement, et les profits qu'elles pourront en tirer (art. 1837, C. civ.). Cette société *ne comprend pas de plein droit les fruits à venir*. Les parties contractantes peuvent y comprendre tout autre espèce de gains. Mais, les biens qui pourraient leur advenir par *succession, donation* ou *legs*, n'entrent dans cette société que pour la jouissance. Conformément à l'article 1837 *in fine* du Code civil : « Toute stipulation tendant à y faire entrer la propriété de ces biens est prohibée, sauf entre époux,

¹ Req., 8 déc. 1891, D. 1892.1.117; voir aussi n° 145 (suite) et les renvois.

et conformément à ce qui est réglé à leur égard. » La *société sera grevée de plein droit des dettes que chaque associé avait contractées avant sa formation*. Toutefois, la société ne sera pas grevée de plein droit des arrérages ou intérêts des dettes relatives aux biens à venir. Les dépenses personnelles de chacun des associés ne sont pas à la charge de la société de tous bien présents. Les dettes contractées durant la société, sans indication de leur origine, sont et demeurent particulières à celui qui les a faites. La société qui porterait à la fois sur les biens à venir et sur les biens présents *est nulle pour le tout*. La société universelle de biens présents comprend les actions soit en rescision, soit en réméré, de telle sorte que si, durant la société, un immeuble rentre dans le patrimoine de l'associé par l'une de ces actions, il devient immeuble social.

§ 2. — LA SOCIÉTÉ UNIVERSELLE DE GAINS

162. Définition et caractères.

162. Aux termes de l'article 1838 du Code civil, « la société universelle de gains renferme tout ce que les parties acquerront par leur industrie, à quelque titre que ce soit, pendant le cours de la société; les meubles que chacun des associés possède, au temps du contrat, y sont aussi compris ; mais les immeubles personnels n'y entrent que pour la jouissance seulement ». En appliquant ces dispositions il faut admettre que les *gains produits* par les immeubles restés propres à chaque associé entrent dans la société. Lorsque les économies faites par un associé sont employées par lui en achat d'immeubles, ces conquêts doivent être communiqués à

la société ; mais celle-ci n'en devient pas de plein droit copropriétaire. En ce qui concerne les immeubles que les associés possèdent au moment de la constitution de la société et ceux qui leur sont échus pendant la durée de la société, ils ne peuvent être aliénés par les associés. Les dettes mobilières de chaque associé, antérieures à la formation du contrat, entrent dans la société universelle de gains. Dans cette sorte de société les dépenses personnelles des associés sont à la charge de la société.

Section II. — De la société particulière.

CARACTÈRES GÉNÉRAUX

163. Définition et caractères. — 164. Durée de la société.

163. La société particulière est beaucoup plus usitée que les sociétés universelles, et est celle « qui ne s'applique qu'à certaines choses déterminées, à leur usage, ou aux fonds à en percevoir » (art. 1841, C. civ.). L'article 1842 du Code civil définissant la société particulière d'une manière plus complète, dit que « le contrat par lequel plusieurs personnes s'associent, soit pour une entreprise déterminée, soit pour l'exercice de quelque métier ou profession, est une société particulière ». Cette définition semble avoir en vue la société commerciale qui, en effet, est toujours une société particulière. Toutefois, elle n'est pas incompatible avec une société purement civile, car les sociétés commerciales sont aussi, comme nous l'avons remarqué, régies par les mêmes principes généraux que la société civile.

164. L'acte social indique ordinairement *la durée et le point de départ de la société*. S'il n'y a aucune stipulation à cet égard, on applique les dispositions suivantes des articles 1843 et 1844 du Code civil : « La société commence à l'instant même du contrat, s'il ne désigne une autre époque. S'il n'y a pas de convention sur la durée de la société, elle est censée contractée pour toute la vie des associés, sous la modification portée à l'article 1869 ; ou, s'il s'agit d'une affaire dont la durée soit limitée, pour tout le temps que doit durer cette affaire. » On peut donc conclure que toute société, soit civile, soit commerciale, fonctionnant comme une personne morale, elle devra avoir un *siège social*, qui, conformément à l'article 59 du Code de procédure civile, est *au lieu de son principal établissement*. En outre, elle peut avoir d'autres domiciles distincts, où elle a un centre important d'opérations concernant son objet. C'est à ce siège social que se trouve établi le centre d'affaires, et c'est au tribunal dans le ressort duquel est établi le siège que la société sera assignée. Le siège social, indiqué dans les statuts, n'est pas nécessairement le domicile social, lequel est fixé par la loi, non par la convention. Mais, lorsque le lieu de l'administration est autre que celui de l'exploitation, il appartiendra aux tribunaux de fixer le domicile social au lieu qu'ils considèrent comme étant celui du principal établissement.

CHAPITRE III

ENGAGEMENTS DES ASSOCIÉS ENTRE EUX ET A L'ÉGARD DES TIERS

SECTION I. Des obligations réciproques des associés et de la société. — SECTION II. Des engagements des associés à l'égard des tiers. — SECTION III. De l'administration de la société. — SECTION IV. Du partage des bénéfices et des pertes.

Section I. — Des obligations réciproques des associés et de la société.

§ 1. *Des obligations des associés envers la société.* — § 2. *Des obligations de la société envers les associés.* — § 3. *Des droits des associés.*

§ 1. — DES OBLIGATIONS DES ASSOCIÉS ENVERS LA SOCIÉTÉ

165. Obligation d'apporter. Prélèvements dans la caisse sociale. — 166. Réparation des dommages. — 167. Imputation des créances.

165. Nous avons vu que le caractère principal du contrat de société est la réalisation d'un apport commun en vue de réaliser le but social. Nous avons expliqué toutes les règles concernant la réalisation des apports promis par chacun des associés, plus haut, lorsque nous avons étudié les différents apports.

L'article 1846 du Code civil, après avoir déclaré que l'associé qui a promis d'apporter une somme d'argent

et qui ne l'a pas fait devient, de plein droit, débiteur des intérêts de cette somme, depuis le jour où il était tenu de l'apporter, ajoute : « Il en est de même à l'égard des sommes qu'il a prises dans la caisse sociale, à compter du jour où il les en a tirées pour un profit particulier ; le tout sans préjudice de plus amples dommages-intérêts, s'il y a lieu. » Par conséquent, l'associé qui n'a pas versé à la société le montant de sa mise sociale *en doit les intérêts à partir du jour où elle aurait dû être versée*, et cela même dans le cas où il aurait eu le droit, aux termes de l'acte social, de prélever les intérêts de cet apport, s'il l'avait réalisé, et même alors que le défaut de versement n'aurait causé aucun préjudice à la société. Et, dans ce sens, si le fonds social est divisé en actions, tout souscripteur d'actions, tenu de faire les versements exigibles aux époques fixées par les statuts, devra les intérêts et éventuellement même, des dommages-intérêts, s'il est en retard¹. Les intérêts que l'associé doit à la société pour le retard de son versement de l'apport en argent sont prescriptibles par cinq ans². En ce qui concerne les avances des associés à la société, elles sont comme celles de la société aux associés, productives d'intérêts, non du jour de la demande, mais du jour où ces avances ont lieu. « Attendu que par application du principe posé par l'article 1846 du Code civil qui est relatif aux engagements des associés entre eux, les avances réciproques des associés et de la société sont productives d'intérêts, non du jour de la demande, mais du jour où ces avances ont eu lieu³. » Une clause

1. Civ., 14 nov. 1899, D. 1900.1.99.

2. Civ., 17 févr. 1869.1.144.

3. Civ., 26 mars 1901, D. 1901.1.384 ; voir aussi : Trib. com. Marseille 2 juill. 1926, *Rec. Marseille*, 1927.1.216 ; Cass., 14 févr. 1927, *G. P.*, 1927 1.614.

de l'acte de société permettant à la société de vendre, sans formalités de justice, les actions des souscripteurs en retard de verser leur mise, et de s'approprier le prix de la vente même au delà de la somme due et des intérêts au taux légal, est licite ¹.

La clause d'un acte social aux termes de laquelle chacun des associés a droit aux intérêts des sommes versées par lui à la caisse sociale est applicable aux redressements du compte de liquidation ordonnés par jugement, et ces intérêts courent du jour de la dissolution de la société. Si la société a éprouvé un préjudice supérieur aux intérêts légaux, des *dommages-intérêts* peuvent lui être accordés, suivant les circonstances. Les dispositions de l'article 1846 du Code civil ne sont pas applicables aux sociétés universelles.

166. Aux termes de l'article 1850 du Code civil, « chaque associé est tenu, envers la société, des dommages qu'il lui a causés par sa faute, sans pouvoir compenser avec ces dommages les profits que son industrie lui aurait procurés dans d'autres affaires ». C'est aux tribunaux d'apprécier équitablement, d'après les circonstances, ce qui constitue une *faute*, car, chaque associé, dans les affaires sociales, *est tenu d'apporter les soins d'un bon père de famille*. Néanmoins, un associé gérant ne pourrait donner comme excuse la négligence habituelle qu'il apporte à ses propres affaires : il doit par conséquent à la société les soins d'un bon père de famille, et la vigilance que les autres associés ont dû raisonnablement espérer. Si, dans une même affaire, un associé a causé à la fois, un avantage et une perte, il peut opposer,

1. Cass., 14 févr. 1872, D. 1872.1.244.

en compensation, le profit qu'il a occasionné à la société dans cette même affaire. En tout cas, l'associé n'est pas responsable des dommages et pertes causés à la société à la suite de cas fortuits ou d'événements de force majeure. La soustraction frauduleuse d'effets de la société par un associé non gérant constitue un *vol* (C. pén., art. 401). Le détournement par un administrateur constitue un *abus de confiance* (C. pén., art. 408). Il faut donc conclure que *l'intérêt social doit prévaloir sur les intérêts particuliers de chaque associé*. Les associés ne peuvent empêcher la réalisation d'une opération avantageuse pour la société lorsque cette opération nuirait, dans une certaine mesure, à leur intérêt personnel.

167. Conformément aux dispositions de l'article 1848 du Code civil : « Lorsque l'un des associés est, pour son compte particulier, créancier d'une somme exigible envers une personne qui se trouve aussi devoir à la société une somme également exigible, l'imputation de ce qu'il reçoit de ce débiteur doit se faire sur la créance de la société et sur la sienne, dans la proportion des deux créances, encore qu'il eut, pour sa quittance, dirigé l'imputation intégrale sur sa créance particulière : mais, s'il a exprimé, dans sa quittance, que l'imputation serait faite en entier sur la créance de la société, cette stipulation sera exécutée. » Néanmoins, cet article n'est pas applicable quand c'est le débiteur qui exige l'imputation, conformément à l'article 1253 du Code civil. Au contraire, cet article s'applique à tous les cas d'imputation légale. L'article 1848 du Code civil n'est pas non plus applicable à un associé qui n'est pas administra-

teur, la gérance étant confiée à d'autres personnes. Il ne s'applique pas au cas de compensation de la dette de l'associé. Pour que l'imputation de l'article 1848 soit valable, il faut se trouver dans le cas où la créance de la société et celle de l'associé *sont pareillement exigibles*. De l'article 1848, il ressort encore que la créance d'une tierce personne sur la société ne peut être compensée de plein droit avec la somme dont ce tiers peut être débiteur de l'un des associés.

Une autre obligation de l'associé envers la société ressort de l'article 1849 du Code civil. Lorsqu'un associé a reçu sa part entière devenu insolvable, cet associé est tenu de rapporter à la masse commune, ce qu'il a reçu, encore qu'il eût spécialement donné quittance pour sa part. Mais la société peut, dans tous les cas, exiger immédiatement le rapport d'une somme touchée par un associé sur une créance commune, car l'article 1849 du Code civil ne signale l'insolvabilité comme cause de rapport qu'à titre d'exemple ¹.

Pour terminer avec les obligations des associés envers la société, il faut citer encore l'article 1859, alinéa 3, qui est ainsi conçu : « ... Chaque associé a le droit d'obliger ses associés à faire avec lui les dépenses qui sont nécessaires pour la conservation des choses de la société. » La conservation des choses étant un acte d'administration, la majorité des associés a le droit d'obliger la minorité. Mais, s'il s'agissait du remplacement d'une chose qui aurait péri, ou de dépenses simplement utiles, c'est l'unanimité des associés qui aurait seule le droit d'en décider. En outre, chaque associé est obligé à supporter et à contribuer aux pertes sociales, lorsque les opérations

1. Cass., 20 avril 1885, D. 1885.1.198.

n'ont pas réussi. Mais, cette question formera une section à part, lorsque nous examinerons la répartition des bénéfices et des pertes.

§ 2. — DES OBLIGATIONS DE LA SOCIÉTÉ ENVERS LES ASSOCIÉS

168. Remboursement des créances et restitution des apports.

168. « Un associé a action contre la société, non seulement à raison des sommes qu'il a déboursées pour elle, mais encore à raison des *obligations qu'il a contractées de bonne foi*, pour les affaires de la société, et des risques inséparables de sa gestion » (art. 1852, C. civ.). Il ressort de cet article que l'associé a le droit de réclamer les sommes qu'il a déboursées pour la société, et que ces sommes déboursées produisent des intérêts, de plein droit. Il y a cependant des auteurs qui, dans ce cas, font une distinction entre l'associé administrateur ou gérant et le simple associé. Ce dernier est assimilé à un gérant d'affaires et l'on doit lui accorder ou lui refuser les intérêts de plein droit, *suivant qu'on les accorde ou qu'on les refuse au gérant d'affaires*¹. Néanmoins, la solidarité n'a pas lieu entre les associés même commerciaux, pour l'exécution des engagements respectifs des uns envers les autres, et notamment pour le remboursement des sommes avancées par l'un des associés au delà de sa part contributive. L'associé a droit, en outre, à une action contre la société, pour les risques inséparables de sa gestion et à raison des obligations qu'il a contractées de bonne foi pour la société. Dans ce cas, *l'action*

1. Laurent, *op. cit.*, t. XX, n° 330 et t. XXVIII, n° 18 et suiv.

sera intentée contre la société considérée comme personne morale. On peut encore ajouter à ce que nous venons d'exposer, qu'un associé, bien qu'il soit membre du conseil d'administration de la société, peut néanmoins et valablement contracter, en son nom personnel, avec la société personne morale. Il suffira, pour la validité de ce contrat, que la société soit régulièrement représentée par les autres membres du conseil d'administration. Les dispositions de l'article 1852 du Code civil sont applicables aussi aux sociétés en nom collectif et en commandite¹.

La société est tenue encore à la *restitution des apports*. Pour savoir dans quelle mesure la société est tenue à la restitution des apports, il faut distinguer les hypothèses suivantes : Si l'associé a apporté la propriété d'un objet à la société, il n'aura rien à reprendre à la dissolution de la société, à moins de convention contraire, car l'apport sera réparti entre les associés. Dans le cas où il s'agit d'apport de l'usufruit ou de la jouissance d'une chose, l'associé pourra, généralement, reprendre son apport.

§ 3. — DES DROITS DES ASSOCIÉS

169. Aperçu général sur divers droits. — 170. La cession des droits des associés.

169. Nous avons vu, dans les sections précédentes, que l'article 1852 du Code civil confère à l'associé une action contre la société, à raison, non seulement des sommes qu'il a déboursées, mais encore pour les obligations

1. Trib. com. Roanne, 13 oct. 1926, *G. P.*, 1927.1.71.

qu'il a contractées de bonne foi, pour les affaires sociales et des risques inséparables de sa gestion. C'est un des droits les plus essentiels, qui lui est donné par l'art. 1852. Un associé a encore le droit *d'administrer la société*, personne morale, conformément aux prescriptions établies par les articles 1856 à 1859 du Code civil, ou bien par les statuts de la société. L'article 1860, que nous avons examiné déjà, lui donne le droit d'obliger ses coassociés, dans les conditions et les circonstances déterminées, à faire avec lui les *dépenses nécessaires* pour la conservation des choses de la société. Lorsque nous avons examiné les traits caractéristiques de la société, nous avons constaté qu'elle se forme toujours en vue de réalisations de certains bénéfices qui doivent être partagés entre les membres de la société. Par conséquent, chaque associé aura le droit de demander sa part proportionnelle dans les bénéfices réalisés par la société; cela ressort des articles 1853 et 1855 du Code civil. Mais, quelle est la nature de ce droit appartenant à l'associé ? Comme nous l'avons vu, la doctrine et la jurisprudence admettent le principe que les sociétés, tant civiles que commerciales, constituent des êtres distincts de celui des associés. Elles fixent en même temps la nature de ce droit en le déclarant de *nature mobilière*, alors même qu'il dépend des immeubles de la société. Ce droit reste mobilier durant tout le temps de l'existence de la société et jusqu'à l'issue de la liquidation. C'est-à-dire que cette nature appartient à ce droit par rapport à l'associé tant que la personnalité juridique existe et produit ses effets. Comme conséquence de ce principe, l'associé a droit, pendant la durée de la société, *de réclamer les bénéfices*

réalisés par elle et de prendre part au partage de l'actif social après la dissolution de la société. Il a, en outre, le droit de prendre *connaissance des affaires sociales*, de s'y intéresser et d'examiner, à cet effet, les livres et les documents de la société. Enfin, l'article 1859 du Code civil, dans son deuxième alinéa, donne droit à chaque associé de se *servir des choses appartenant à la société*, « pourvu qu'il les emploie à leur destination fixée par l'usage, et qu'il ne s'en serve pas contre l'intérêt de la société, ou de manière à empêcher ses associés d'en user selon leur droit ». Mais cette disposition dont il s'agit ne s'applique qu'aux changements qui tendraient à altérer la nature de la chose commune, et non à ceux qui, en conservant à la chose son état et sa destination, n'ont pour objet que de faciliter, pour l'un des associés, l'usage qu'il en doit faire, sans nuire d'ailleurs aux droits des autres associés, ou à ceux de la société.

170. Lorsqu'on forme une société, l'associé s'engage pour toute la durée de celle-ci, et comme dans la plupart des sociétés le caractère de l'*intuitus personae* est évident, — sauf pour les sociétés de capitaux, — il ne peut pas, en principe, céder son droit dans la société et se substituer un tiers. Néanmoins, l'article 1861 du Code civil permet à chaque associé de s'associer, sans le consentement des autres, un tiers, relativement à *la part* qu'il a dans la société. Mais, ce tiers, qui porte le nom de croupier, n'a rien à faire avec la société; il n'est pas connu par les autres associés.

Pour qu'une cession soit valable, elle doit être permise par l'*acte social*, ou bien être donnée par l'*unanimité des associés*. C'est là une conséquence de ce principe que la

société civile est une société de personnes où l'*intuitus personæ* joue un rôle considérable. Lorsqu'il s'agit d'un consentement spécial, donné à l'unanimité des associés, pour une cession, et si une contestation intervient, le consentement pourra être prouvé suivant les règles du droit commun. Toujours est-il que la *cession permise* par les statuts doit être portée à la connaissance des autres associés, par un moyen quelconque. Dans le silence des statuts, c'est le tribunal qui fixera si la cession a été suffisamment publiée pour que les associés en soient prévenus. Lorsqu'une cession est faite par l'associé sans y être autorisé par les statuts ou une délibération spéciale des associés, elle ne sera pas nulle entre le cédant et le cessionnaire; au contraire, elle va produire ses effets, mais, sans qu'elle donne la qualité d'associé, ou de droit pour le cessionnaire de s'ingérer dans les affaires sociales. A partir de la loi du 13 juillet 1925, *toute cession à un non-associé doit être déclarée*, dans le mois de sa date, au bureau de l'enregistrement du siège social (art. 62).

La convention qui intervient entre l'associé et le *croupier* constitue une véritable société puisqu'on y rencontre tous les éléments caractéristiques de la véritable société. Mais, comme nous l'avons remarqué plus haut, le *croupier est étranger à la société principale*¹. Néanmoins, la société principale pourra, en vertu de l'article 1166 du Code civil, agir indirectement contre lui, de même qu'il peut agir, indirectement, en vertu du même article, contre la société. D'après la majorité des auteurs, pour qu'une cession soit opposable aux créanciers personnels du cédant, elle doit résulter d'un acte qui présente les

1. Seine, 12 déc. 1912, *J. S.*, 1913, 452; Seine, 18 févr. 1924, *R. S.* 1926, 193.

exigences des prescriptions de l'article 1328 du Code civil, c'est-à-dire qu'il ait date certaine. La jurisprudence est dans ce sens ¹.

S'il s'agit d'immeubles, il doit faire toutes les formalités exigées par la loi du 25 mars 1885. La convention intervenue entre le *croupier* et le cédant ne constitue une société que lorsque ce dernier n'a consenti la cession que sur une partie de ses droits dans la société. Lorsqu'il s'agit d'une cession totale, nous sommes en présence d'une vente et non pas d'une société ².

Section II. — Des engagements des associés à l'égard des tiers.

DES DIFFÉRENTS ENGAGEMENTS.

171. Principes généraux. — 172. Engagements des associés non gérants, et engagements sociaux par les administrateurs. — 173. Engagements dans les sociétés de personnes et de capitaux. — 174. Droits des créanciers personnels et sociaux.

171. En entrant dans l'examen des engagements des associés à l'égard des tiers, nous allons voir que les engagements des associés envers les tiers varient selon la nature de la société qu'ils ont formée. Conformément aux prescriptions de l'art. 1862 du Code civil, dans les sociétés civiles, les associés ne sont pas tenus solidairement des dettes sociales ; ils sont tenus envers les tiers, *chacun pour une somme à part égale*, « encore que la part de l'un d'eux dans la société fût moindre, si l'acte n'a pas spécialement restreint l'obligation de celui-ci sur le pied

1. Seine, 24 déc. 1903, *J. S.*, 1904, 279.

2. Cons. Trib. civ. Lyon, 22 janv. 1929, *R. S.*, 1929, 248.

de cette dernière part » (art. 1873, C. civ.). La jurisprudence décide que cette règle est applicable aux sociétés civiles par actions, antérieures à la loi du 1^{er} août 1893, et que chaque actionnaire y est tenu envers les créanciers, en raison, non du nombre de ses actions, mais du nombre de ses coassociés ¹. Les règles des articles 1862 et 1863 du Code civil sont applicables même aux *sociétés civiles par actions*, lorsqu'elles n'ont pas emprunté la forme commerciale. L'acte social, néanmoins, peut permettre que la responsabilité soit limitée aux mises. Cette clause est toujours valable entre les associés, mais elle n'est opposable aux tiers qu'à condition d'être *portée à leur connaissance*. Cette clause peut être appliquée à quelques associés, mais elle ne peut être généralisée, car, dans ce dernier cas, elle donnerait à la société les caractéristiques de la *société anonyme*, ce qui serait contraire aux conditions légales.

172. L'article 1864 du Code civil fait une distinction entre la *responsabilité envers les tiers des associés non chargés de la gestion de la société, et ceux qui en sont chargés*. Si un associé, non gérant, traite avec une tierce personne pour le compte de la société, il n'engage que lui-même, et non les autres associés, par conséquent il n'engage que ses biens propres et non pas sa part des biens sociaux, laquelle appartient à l'être moral. En combinant les dispositions de l'article 1864 du Code civil avec celles de l'article 1860 du Code civil, il résulte que les créanciers auront comme gage seulement les biens

1. Civ., 13 juin 1904, D. 1905.1.25, et la note de M. Percerou; voir aussi la note de M. Percerou sous Nancy, 6 avril 1905, D. 1908.2.1.

propres de l'associé respectif. Les biens qu'il a dans le fonds social, ne supporteront pas les obligations contractées par un associé sans mandat. Toutefois, si la société, dans un cas pareil, a tiré un profit, il aura le bénéfice de l'action de *in rem verso* (art. 1864, C. civ., *in fine*).

Lorsqu'il s'agit d'un associé gérant, celui-ci oblige et engage, par les contrats conclus par lui, au nom de la société, *non seulement les biens sociaux*, mais encore tous les biens propres des associés. Pour qu'un associé gérant oblige la société, il faut que l'associé ait agi *au nom de la société, nomine sociali*, et qu'il ait eu le pouvoir d'obliger la société, mandat qui n'a besoin d'être exprès qu'en dehors des limites de l'administration. S'il y a une disposition statutaire interdisant formellement à l'associé de traiter d'autres affaires que celles que la société s'est proposées, elle doit être entendue dans son esprit plutôt que dans sa lettre ¹.

173. En ce qui concerne les sociétés de personnes, les associés sont responsables envers les tiers, *in infinitum*, sur leurs biens propres. Les créanciers pourront donc poursuivre, d'abord, les biens mis en société, et, en second lieu, les biens propres de chaque associé. Ces règles sont applicables pour les sociétés de personnes, soit commerciales soit civiles, exception faite, dans le domaine commercial pour les commanditaires, et avec cette particularité que les associés des sociétés commerciales sont obligés solidairement (art. 22-23, C. com.), tandis que, dans les sociétés civiles, chaque associé n'est

1. Cass., 24 mars 1926, *R. S.*, 1926, 384.

obligé que *pro parte* (art. 1862, C. civ.). Quant aux biens sociaux, ils sont le gage des dettes sociales, car ils sont la propriété de la personne juridique.

En ce qui concerne les sociétés de capitaux, les conclusions varient. Ici, chaque associé est tenu seulement jusqu'à concurrence de son apport et non de son patrimoine. *L'action des créanciers sera donc intentée sur les biens sociaux*. Cette limitation, nous l'avons vu, n'est pas admise pour les sociétés par actions ayant un caractère non commercial, fondées antérieurement à 1893. De plus, les tribunaux décident, d'une façon constante, que, lorsqu'il s'agit d'une société civile ordinaire, une clause limitant les droits des créanciers au fonds social ne peut pas être admise¹. Mais une telle clause nous paraît valable entre les parties seulement. En effet, aucun article, aucun principe ne s'y opposent.

174. Lorsque le gérant a contracté, au nom de la société, et dans la sphère de ses attributions, *la société est directement responsable des actes dolosifs, frauduleux, ou simplement préjudiciables*, commis par le gérant dans l'exercice de ses fonctions². Dans toute société civile ou commerciale, les *créanciers sociaux sont préférables aux créanciers personnels* des associés sur l'actif social. Les créanciers sociaux ont ce droit de préférence, seulement si la société existe et est régulièrement constituée. Si la société, pour différentes raisons, n'existe qu'en fait, il n'y a pas d'être moral, par conséquent pas de patrimoine social. Dans ce cas, *la fortune personnelle des associés est confondue avec le patrimoine de la société de*

1. Req., 21 févr. 1883, D. 1883.1.217; Civ., 13 juin 1904, (cité).

2. Civ.; 15 janv. 1872, D. 1872.1.165.

fait, et, dès lors, les créanciers sociaux n'auront plus de préférence et viendront *en concurrence*, sur cette masse de biens, avec les créanciers personnels des associés.

Section III. — De l'administration de la société.

§ 1. *Nomination et pouvoirs des administrateurs.* — § 2. *Administration dans le silence des statuts.*

§ 1. — NOMINATION ET POUVOIRS DES ADMINISTRATEURS.

175. Nomination et causes de révocation des administrateurs. — 176. L'étendue de leurs pouvoirs. Distinction entre eux. — 177. La pluralité d'administrateurs.

175. En principe, *l'administration de la société peut être confiée à une ou plusieurs personnes, soit associées, soit étrangères à la société.* Le mode d'administration de la société civile est prévu et réglé par les articles 1856 et suivants du Code civil. Mais, en examinant les règles fixées par ces articles concernant l'administration, *on aperçoit une économie générale des dispositions à cet égard.* D'ailleurs, des termes spéciaux de l'article 1859 du Code civil, il résulte que la loi trace seulement les lignes générales de l'administration, en laissant aux associés la *liberté de fixer dans les statuts*, ou acte social, les règles spéciales et détaillées de l'administration. Aux termes de l'article 1856 du Code civil, il résulte qu'un associé qui a été chargé de l'administration de la société par une clause spéciale de l'acte social *pourra faire tous les actes d'administration pourvu que ce soit sans fraude*, nonobstant l'opposition des autres associés. Cependant, cet associé gérant pourra être révoqué, même pendant la durée de la société, *pour une cause légitime.* Mais, si le pouvoir

lui a été donné par un acte postérieur à l'acte social, il sera révocable comme un mandataire simple, même dans les sociétés en commandite (art. 2003, C. civ.) Cette distinction du mode de confiance de pouvoirs est étrangère aux sociétés anonymes, dont les gérants sont toujours susceptibles d'être révoqués. La révocation d'un gérant nommé par l'acte social, nous l'avons dit, *peut être faite pour une cause légitime* (art. 1856, C. civ.). Il y faut ajouter, comme exception, la révocation *ad nutum*, si elle est autorisée, par le contrat de société, ou par une modification ultérieure notifiée, et acceptée par le gérant. Outre ces modes qui mettent fin à la durée des fonctions du gérant, qui sont fixés par la loi, il y en a, en pratique, d'autres déterminés par l'acte social ou les statuts.

La légitimité de la cause invoquée pour aboutir à la révocation *doit être appréciée par les tribunaux*. Les tribunaux peuvent être saisis des prétendues causes légitimes par la demande d'un seul associé, sans qu'il soit besoin de recourir à la majorité des associés. Toutefois, la mauvaise volonté d'un seul associé ne saurait suffire pour troubler toute l'administration et la marche de la société. Et c'est pour cela qu'en pratique, l'appréciation des causes de révocation peut être confiée par l'acte social *à la majorité ou à l'unanimité des associés* qui se prononce souverainement. Un associé à qui le pouvoir d'administrer a été confié pendant le cours de la société pourra être déclaré irrévocable par l'acte de nomination, ou par un acte postérieur, mais, dans ce cas, cette clause, pour qu'elle soit valable et efficace, devra être admise par *l'unanimité des associés*. Lorsqu'il s'agit de la démission d'un gérant nommé par l'acte social, elle ne peut

avoir lieu, de sa part, sans un motif légitime ; au contraire, il devra des dommages-intérêts à la société. Tout autre chose se passe lorsque nous sommes en présence d'un gérant nommé ultérieurement à l'acte social. Il pourra toujours renoncer à son mandat à moins qu'il n'ait pris, envers la société, un engagement contraire. La révocation d'un gérant, s'il n'y a pas l'accord de l'unanimité des associés, ou de la majorité si l'acte social le permet, entraîne la dissolution de la société.

176. L'étendue du pouvoir d'un gérant varie selon qu'il est irrévocable ou révocable *ad nutum*. Dans le premier cas, il a le libre pouvoir d'administrer la société sans que les autres associés puissent s'y immiscer, à moins qu'il ne s'agisse de fraude ou de faute grave. Dans l'autre hypothèse, n'étant qu'un simple mandataire, *les associés peuvent s'opposer à ses actes d'administration*. Quant au pouvoir des associés, il faut décider que leur majorité ne s'exerce que lorsqu'il s'agit de mesures d'administration. Au contraire, pour les actes de disposition ou pour les dérogations aux conventions sociales, l'unanimité est nécessaire, et l'opposition d'un seul associé suffit pour les empêcher ¹.

Remarquons à ce propos qu'ici apparaît une différence entre la société en commandite où le gérant nommé par l'acte social, à moins de clause contraire, est inamovible, et les sociétés anonymes, où il est nécessairement révocable. Cette différence résulte du caractère de ces deux sociétés.

Lorsqu'il s'agit d'une pluralité de gérants, les articles

1. C. civ., 17 avril 1855, D. 1855.1.213.

1857 et 1858 du Code civil déterminent le mode d'exercice des pouvoirs de telle façon que, dans le cas où l'acte social n'a pas défendu que l'un d'eux puisse agir sans l'autre, *ils peuvent faire séparément tous les actes de l'administration de la société*. Si, au contraire, il a été stipulé, par une clause spéciale, que l'un des gérants ne pourra rien faire sans l'autre, un seul ne peut, sans une nouvelle convention, agir en l'absence de l'autre, lors même que celui-ci serait dans l'impossibilité actuelle de concourir aux actes de l'administration (art. 1858, C. civ.).

En ce qui concerne les sociétés par actions civiles ou commerciales, la loi laisse toute liberté aux associés de fixer les règles de l'administration par l'acte social ou par les statuts, sauf pour les sociétés en commandite et anonymes, où elle intervient.

§ 2. — ADMINISTRATION DANS LE SILENCE DES STATUTS.

178. Règles posées par le Code civil.

178. Nous avons dit, d'autre part, que les pouvoirs et les nominations des gérants sont déterminés et fixés soit par l'acte social, soit par les statuts et que l'étendue de ces pouvoirs varie selon le mode de leur nomination. A cet effet, les actes de la société contiennent beaucoup de règles, mais souvent leur énumération n'est pas complète et c'est pour cela que le législateur a fixé, dans l'article 1859, — pour le cas où il n'y a pas eu désignation de gérants, — des règles qui, dans cette matière, font le droit commun. A cet effet, l'article 1859 du Code civil pose quatre règles, qui, d'ailleurs, ne sont obligatoires qu'à défaut « de stipulations spéciales sur le mode d'administration ».

a) En vertu de la *première règle*, en ce qui concerne les modes d'administration, *les associés sont censés s'être donné réciproquement mandat*, et leurs pouvoirs sont les mêmes que ceux de l'administrateur nommé. On se demande, dans ce cas, si un administrateur peut aliéner un immeuble appartenant à la société, car l'article 1859 parle de l'administration, et aliéner ne veut pas dire administrer... Naturellement, cet associé ne peut aliéner, mais, toutefois, s'il s'agit d'une aliénation constituant un acte tendant au but de la société, elle sera valable. Ce droit d'administrer qui appartient à chaque associé, peut être entravé par l'opposition d'un seul, mais cette opposition n'est pas péremptoire, car, si les autres associés veulent accomplir l'opération dont il s'agit, ils n'ont qu'à délibérer et agir ensuite, si la majorité en décide ainsi. Toutefois, cette majorité n'existe comme valable que pour les actes d'administration proprement dits. Si l'opération dépasse les limites d'un acte d'administration, le consentement de tous les associés est requis.

b) Quant à la *deuxième règle*, dont nous avons parlé lorsque nous avons examiné les droits des associés, elle se résume dans les termes que voici : « Chaque associé peut se servir des choses appartenant à la société, pourvu qu'il les emploie à la destination fixée par l'usage, et qu'il ne s'en serve pas contre l'intérêt de la société, ou de manière à empêcher ses associés d'en user selon leur droit. » C'est une disposition concernant l'usage personnel des choses sociales, qui, avec raison, devait être soumise à tant de restrictions dans les sociétés fondées sur la confiance et l'amitié.

c) La *troisième règle* a été examinée au même titre que la précédente et se résume dans ces termes : « Chaque associé a le droit d'obliger ses associés à faire avec lui les dépenses qui sont nécessaires pour la conservation des choses de la société. »

d) Et, enfin, la *dernière règle* est la suivante : « L'un des associés ne peut faire d'innovations sur les immeubles dépendant de la société, même quand il les soutiendrait avantageusement à cette société, si les autres associés n'y consentent. » Cette disposition doit être interprétée comme celle de l'article 1860, c'est-à-dire que les innovations qui sont commandées par le but de la société peuvent être autorisées à la majorité des voix ; au contraire, l'unanimité est requise ¹.

Section IV. — Du partage des bénéfices et des pertes.

§ 1. Répartition des bénéfices et participation aux pertes. —

§ 2. La société leonine.

§ 1. — RÉPARTITION DES BÉNÉFICES ET PARTICIPATION AUX PERTES.

179. Règles établies par le Code civil. — 180. Partage fait par un tiers.

179. Une des conditions essentielles de la société est le partage entre les associés des bonnes chances ou des mauvaises. Cela résulte même, comme nous l'avons vu, de la définition de la société de l'article 1832 du Code civil. Pour les sociétés civiles, le mode de répartition des bénéfices et des pertes est déterminé par les articles 1853,

1. Voir H. Calin et H. Capitant, *op. cit.*, t. II, p. 624.

1854 et 1855 du Code civil. « Lorsque l'acte de société ne détermine pas la part de chaque associé dans les bénéfices ou pertes, la part de chacun est en proportion de sa mise dans le fonds de la société » (art. 1853). Néanmoins, les associés peuvent déroger à cette règle, pour adopter celle du *partage égal*. Lorsque le fonds social est divisé en actions, ou en parts d'intérêts, il n'y a aucune difficulté sur le partage des bénéfices, chaque action ou part d'intérêt *donnant droit à une part proportionnelle dans les bénéfices du fonds social*. « A l'égard de celui, continue l'article 1853 du Code civil, qui n'a apporté que son industrie, sa part dans les bénéfices ou dans les pertes est réglée comme si sa mise eut été légale à celle de l'associé qui a le moins apporté. » S'il n'y a que deux associés, dont l'un apporte son industrie et l'autre un capital, il a été décidé que chacun doit avoir une part égale. Au contraire, lorsqu'un associé apporte son industrie et un capital, dans ce cas, il doit prendre dans les bénéfices, une portion correspondante à la somme réellement apportée, augmentée d'une valeur égale à la plus petite mise attribuée aux autres associés. Toutefois, il a été décidé que, lorsqu'un associé apporte à la fois son industrie et d'autres valeurs telles que ses procédés de fabrication, son nom et son achalandage, il appartient aux juges, dans le silence de la convention sur l'importance relative de l'industrie et des autres éléments de l'apport, de fixer cette importance, et leur décision à cet égard procède d'une appréciation souveraine *qui ne tombe pas sous le contrôle de la Cour de cassation*¹. Les bénéfices doivent se partager annuellement, alors même qu'il n'aurait rien

1. Cass., 14 juin 1865, D. 1866.1.132.

été stipulé à cet égard, si l'ensemble de l'acte social, les circonstances et surtout la nature des choses qui sont l'objet de la société, indiquent que telle a été l'intention des parties. Un associé a droit à sa part dans les bénéfices, quoi qu'il n'ait pas versé la somme entière qu'il devait y apporter, alors du moins qu'il n'est résulté du défaut de versement, aucun préjudice réel pour la société; sauf pour lui, l'obligation de tenir compte des intérêts, en conformité de l'article 1846.

180. Conformément aux dispositions de l'article 185 du Code civil, les associés, au lieu de fixer, comme bon leur semble, la part de chacun dans les bénéfices et dans les pertes, peuvent s'en rapporter pour cette fixation, à l'un d'eux ou à un tiers. Le règlement fait par la personne désignée pour la répartition des bénéfices et des pertes ne peut être attaquée que s'il est « *évidemment contraire à l'équité* ». Les tribunaux apprécient souverainement si l'équité a été violée et ils doivent prononcer la nullité du règlement. Si le règlement a reçu un commencement d'exécution, l'action des associés, pour attaquer le règlement, et qui dure trois mois, n'est plus recevable. Cette action ne peut être confondue avec l'action en rescision du partage pour lésion du quart, qui se prescrit par dix ans.

§ 2. — LA SOCIÉTÉ LÉONINE.

181. L'art. 1855 du C. civ. — 182. *Suite.*

181. L'article 1855 est ainsi conçu : « La convention qui donnerait à l'un des associés la totalité des bénéfices *est nulle*. Il en est de même de la stipulation qui affran-

chirait de toute contribution aux pertes les sommes ou effets mis dans le fonds de la société par un ou plusieurs des associés. » L'une des conditions essentielles de la société étant le partage des bénéfices, si un associé est exclu de cet avantage, le contrat de société est inexistant¹.

Néanmoins, nous avons vu que toute liberté est laissée par la loi aux associés pour la détermination proportionnelle des bénéfices ; pourvu, bien entendu, qu'il ne soit pas attribué à l'un des associés une part tellement minime qu'elle devrait être assimilée à une *privation réelle* des bénéfices.

Le *caractère léonin* de la société subsiste même si l'associé qui ne doit prendre aucune part dans les bénéfices est déchargé des pertes. Il en est de même si un associé touche un intérêt de son apport, alors que les autres associés touchent seuls, en dehors des intérêts de leur mise de fonds, les bénéfices qui proviennent de la société. Toutefois, un associé peut être privé de toute participation aux bénéfices par une clause spéciale qu'il est en son pouvoir de prévenir et d'éviter. L'article 1855 est applicable même aux sociétés en participation².

L'article 1855 du Code civil contient encore une seconde espèce de société léonine : « La stipulation qui affranchirait de toute contribution aux pertes les sommes ou objets mis dans le fonds de la société par un ou plusieurs associés » est nulle.

182. Dans le silence de l'acte social sur la répartition des pertes, cette contribution est proportionnelle au par-

1. Paris, 17 juin 1901, S. 1901.2.304.

2. Req., 18 mai 1896, D. 1897.1.249; Trib. civ. Vervins, 31 juill. 1902, D. 1903.2.425.

tage des bénéfices. La garantie de toute perte consentie purement et simplement par un associé à l'autre est nulle, alors même que celui-ci déclarerait vouloir ne l'invoquer que relativement aux pertes causées par les malversations du gérant ¹. La stipulation par laquelle un des associés prélèvera sa mise avant le partage est permise. Dans les sociétés civiles qui n'ont pas revêtu la forme commerciale proprement dite, on admet généralement qu'un membre d'une telle société ne peut se prévaloir, vis-à-vis des créanciers sociaux, de la clause des statuts qui, au cas de perte, limite sa responsabilité à la mise que, si dans les engagements contractés avec les créanciers cette clause des statuts a été spécialement rappelée ².

Lorsqu'une société est réputée léonine par l'insertion de l'une des clauses prohibées que nous avons examinées plus haut, la loi est sur ce point plus sévère que le droit romain et que l'ancien droit français qui a suivi la tradition romaine, — en prononçant la nullité, non seulement de la clause illicite mais encore du contrat de société car il s'y agit d'un de ses éléments essentiels ³. Dans ce cas, il y a des auteurs qui estiment que, pour le passé, la société doit être liquidée d'après les bases admises par la loi ⁴ et d'autres qui soutiennent qu'il n'y a pas eu société, mais une simple indivision et, par conséquent, il faut suivre les règles de la liquidation des communautés ⁵.

1. Req., 14 juin 1882, D. 1884.1.222.

2. Douai, 23 mars 1878, D. 1879.2.109; Req., 21 févr. 1883, D. 1883.1.217; Civ., 13 juin 1904 (cité).

3. Req., 14 juin 1882 cité, Paris, 14 avril 1883, D. 1884.1.122; Trib. civ. Vervins, 1^{er} juill. 1902, cité.

4. En proportion de la mise, Aubry et Rau, *op. cit.*, t. IV, p. 337; Lyon-Caen et Renault, *op. cit.*, n° 48.

5. Laurent, *op. cit.*, n° 295.

CHAPITRE IV

DE LA DISSOLUTION DE LA SOCIÉTÉ ET DE SES CONSÉQUENCES

SECTION I. Causes de la dissolution. — SECTION II. Conséquences de la dissolution.

Section I. — Causes de la dissolution.

183. Généralités. — 184. L'expiration du temps. — 185. L'extinction de la chose. — 186. La mort d'un associé. — 187. Continuation de la société entre les survivants ou avec les héritiers. — 188. L'interdiction, la déconfiture et la faillite. — 189. Demande de dissolution. — 190. La non-réalisation de l'apport et les motifs légitimes.

183. Conformément aux dispositions de l'article 1865 du Code civil, la société finit : 1. Par l'*expiration du temps* pour lequel elle a été contractée. 2. Par l'*extinction de la chose* ou la *consommation de la négociation*. 3. Par la *mort naturelle* de quelqu'un des associés. 4. Par la mort civile, l'*interdiction* ou la *déconfiture de l'un d'eux* ; à quoi il faut ajouter la *faillite* de l'un des associés¹. 5. Par la *volonté* qu'un seul ou plusieurs expriment de n'être plus en société. A ces causes de dissolution il convient d'adjoindre encore d'autres causes qui entraînent la dissolution : a) L'*impossibilité pour un des*

1. La mort civile a été abolie par la loi du 31 mai 1854.

associés de réaliser son apport (art. 1867, C. civ.) et b) *La dissolution prononcée par le tribunal à la demande de l'un des associés, quand il y a de justes motifs* (art. 1871, C. civ.).

Dans les quatre premiers cas énoncés par l'article 1865 du Code civil, la société devient dissoute de plein droit ; dans le cinquième cas, la dissolution se produit par la volonté d'un ou plusieurs associés. Quant au cas de l'impossibilité pour l'un des associés de réaliser son apport, il est très rare, et peut avoir lieu seulement quand l'apport promis consiste en un corps certain, et qu'il avait péri fortuitement. Or, la société devient propriétaire de ce genre d'apport, au jour même du contrat, et, par conséquent, c'est elle qui supporte la perte. Et c'est pour cela que le cas de dissolution ne peut se présenter que dans des hypothèses très exceptionnelles. La société est également dissoute, dans tous les cas, par la perte de la chose, lorsque la jouissance seule a été mise en commun, et que la propriété en est restée dans la main de l'associé. De même, lorsque l'associé n'est plus propriétaire des choses qu'il a promis d'apporter¹. Nous avons dit, plus haut, que certaines causes entraînent, de plein droit, la dissolution de la société ; dans ce cas, tous les associés, même celui du chef duquel elle cesse d'exister, ou ses héritiers ou ayants cause, ont le droit de l'invoquer ou de s'en prévaloir.

184. L'expiration du terme, nous l'avons vu, opère de plein droit la dissolution de la société, alors même que l'opération ne serait pas terminée. Il en est autrement,

1. Trib. com. Seine, 22 sept. 1887, *J. S.*, 1890, 297.

cependant, lorsque la société est contractée pour une affaire à achever dans un certain temps. Dans ce cas, elle doit durer jusqu'à ce que l'affaire soit achevée, si la considération du temps n'a été que secondaire entre les associés ¹. La société constituée pour un terme fixé dans le contrat *peut être prorogée*. Cette prorogation, pour qu'elle produise toutes les conséquences, doit être faite avec le *consentement de tous les associés*, à moins qu'une clause contraire ne soit insérée dans l'acte social, qui permettrait à la majorité de faire la loi à la minorité. La prorogation d'une société civile ne peut être prouvée que par écrit, et ne saurait être établie par témoins ou par présomptions que s'il y avait un commencement de preuve par écrit ². Néanmoins, cela ne doit pas s'entendre trop à la lettre, la loi ayant voulu assujettir la prorogation, non identiquement et matériellement à la forme de la société prorogée, mais, simplement, elle a voulu dire que la prorogation ne peut être établie que par les moyens admissibles pour prouver l'existence même de la société ³. La prorogation de la société peut être *tacite* et résulter des circonstances ⁴. Une société contractée pour une affaire à achever dans un temps déterminé, telle que la société pour l'exploitation d'une concession administrative, ne prend pas fin à l'expiration du terme que les parties lui avaient assigné, si cette concession vient à être prorogée par l'autorité administrative mais elle est censée s'être prorogée pour la même durée ⁵.

1. Laurent, *op. cit.*, n° 366.

2. Civ., 18 déc. 1889, D. 1891.1.150; Poitiers, 20 janv. 1909, D. 1909.2.157.

3. Civ., 19 juill. 1852, D. 1852.1.1.299; Poitiers, 20 janv. 1909 (cité); Laurent, *op. cit.*, n° 369; Lyon-Caen et Renault, *op. cit.*, n° 302.

4. Cass., 2 mars 1897, S. 1897.262.

5. Cass., 7 févr. 1870, D. 1870.1.303.

Mais une société peut être dissoute avant le terme fixé pour sa durée. Dans ce cas, le *consentement de tous les associés est nécessaire*, à moins que la dissolution n'ait été conférée, par l'acte social, à la majorité des associés. De même, une société est dissoute, au cas où l'un des associés réunit dans ses mains toutes les actions ou tous les droits représentant le capital social ¹. Lorsque nous sommes en présence d'une société prorogée, l'on peut se demander quelle est la nature de cette société. Est-elle une *nouvelle société*, ou bien est-elle toujours l'*ancienne*? Il y a des auteurs qui soutiennent que la société prorogée est toujours l'ancienne société ². D'autres estiment que cette théorie est exacte lorsque la société a été prorogée avant son expiration, mais qu'elle devient une *nouvelle société* si elle a été prorogée après l'expiration du terme fixé pour sa durée ³.

185. L'*extinction de la chose* qui entraîne la dissolution de la société ne s'entend pas seulement de la *destruction matérielle de l'objet*, mais, aussi, de la *destruction de la chose au point de vue juridique*, ainsi que de tout événement qui rend cet objet impropre à l'usage pour lequel il a été mis en société. Lorsque le fonds social n'est perdu qu'en partie, la société continue, si ce qui reste suffit à ses besoins. Mais, si la perte est de telle importance qu'il soit désormais impossible à la société d'atteindre son but, ce sera un juste motif, une cause de dissolution judiciaire, conformément à l'article 1871 du

1. Req., 10 avril 1867, D. 1867.1.397; Bruxelles 2 mars 1910, 2.131.

2. Troplong, *op. cit.*, n° 915.

3. Laurent, *op. cit.*, n° 371.

Code civil¹. Il appartient aux juges du fond d'apprécier souverainement si la perte partielle doit être considérée comme suffisante pour équivaloir à la dispersion de l'objet et entraîner la dissolution de la société².

Aux termes de l'article 1867 du Code civil, la société est dissoute: « lorsque l'un des associés a promis de mettre en commun la propriété d'une chose », et qu'elle a péri *avant que la mise en soit effectuée*. De même, lorsqu'il s'agit d'une perte de la chose dont la jouissance seule a été mise en commun et que la propriété en est restée dans la main de l'associé. Mais, la société, — continue l'article susdit, — n'est pas dissoute par la perte de la chose dont la propriété a déjà été apportée à la société.

Si une société a été formée en vue d'une opération déterminée, elle sera dissoute à la fin de l'achèvement complet de la négociation. Si un terme a été fixé, à cet effet, dans l'acte social, et que la négociation n'est pas terminée à la date prévue, le terme ne sera considéré que comme une indication accessoire, et la société subsistera jusqu'au moment de l'achèvement réel de l'opération³.

186. Le contrat de société étant, en principe, un contrat *intuitus personæ*, il sera rompu par *la mort* de l'un des associés qui la composent. Toutefois, les parties peuvent écarter cette dissolution de plein droit, et stipuler que la société continuera, soit entre les survivants, soit entre

1. Paris, 13 nov. 1896, S. 1897.1.115; Trib. com. Toulouse, 3 juin 1930, *G. P.*, 1930.2.329.

2. Req., 4 févr. 1895, D. 1895.1.183; Req., 11 nov. 1896, D. 1897.1.231.

3. Laurent, *op. cit.*, n° 366.

eux et les héritiers du prédécédé (art. 1868, C. civ.). La disposition de l'article 1865 (3^e alinéa) n'est pas applicable à la société en commandite dont le capital est divisé en actions.

187. Toutefois, rien ne s'oppose, nous l'avons vu, à ce que les associés stipulent que la société continuera entre les survivants, ou bien entre eux et les héritiers de l'associé prédécédé. Mais, cette continuation de la société peut être décidée, même alors qu'une telle convention formelle n'était pas spécifiée dans l'acte social¹. En conséquence, malgré la mort de l'un des associés, *la société peut être réputée avoir continué au regard des tiers*, qui ont traité de bonne foi, alors qu'il est constaté, en fait, que la société a continué de marcher pour et dans l'intérêt des associés, ou de leurs représentants, et que, lors du décès de l'associé, il n'a été procédé à aucune liquidation de la société. Dans le cas de stipulation expresse que la société continuera avec les héritiers de l'associé décédé, *cette clause de continuation produira son effet avec les successeurs*, qu'il soient légitimes, légataires universels, ou à titre universel, qu'ils soient majeurs ou mineurs. Par conséquent, l'expression *d'héritiers* comprend toutes les personnes appelées à la succession du défunt. Si la clause, au lieu du terme *héritiers*, emploie le terme de *représentants*, l'on doit comprendre par cette expression tous ceux qui succèdent aux droits de l'associé, par exemple ceux qui achètent les droits de l'associé décédé, sur la poursuite de ses créanciers. La clause appelant les héri-

1. Caen, 2 mars 1925, *R. S.*, 1926, 418.

tiers de l'associé prédécédé à continuer la société avec les associés survivants *est obligatoire pour eux*, et, par conséquent, ils ne peuvent pas accepter la succession et, renoncer d'entrer dans la société. Toutefois, s'il ne s'agit que d'un seul héritier, celui-ci pourra renoncer à la société, tout en acceptant de recueillir la succession, mais son refus peut donner lieu à des dommages-intérêts, s'il apparaissait que la continuation avait été stipulée dans l'intérêt commun des parties. Le tuteur des mineurs n'a pas besoin d'être autorisé spécialement à consentir à la continuation de la société.

Il appartient aux tribunaux de déclarer, en appréciant les circonstances, qu'une société a continué entre les associés survivants et les héritiers de l'associé prédécédé ¹. Il en résulte, pour chacun des associés, une obligation de continuer la société pendant le temps déterminé ². Lorsqu'il y a une clause qui permet de continuer la société avec des héritiers, cette continuation *s'opère de plein droit*, alors même qu'il y aurait des mineurs parmi les héritiers ³.

L'article 1868 du Code civil permet encore la clause que *la société continuera avec les associés survivants* à l'exclusion des héritiers du prédécédé. Il est ainsi conçu : « S'il a été stipulé qu'en cas de mort de l'un des associés, la société continuera avec son héritier, ou seulement entre les associés survivants, ces dispositions seront suivies. Dans le second cas, l'héritier du décédé n'a droit qu'au partage de la société, eu égard à la situation de cette société lors du décès, et ne participe aux droits

1. Req., 6 janv. 1913, D. 1914.1.16.

2. Chambéry, 23 mars 1913, D. 1915.2.35.

3. Req., 10 mars 1885, D. 1885.1.441.

ultérieurs qu'autant qu'ils sont une suite nécessaire de ce qui s'est fait avant la mort de l'associé auquel il succède. » C'est-à-dire que la société peut continuer avec les survivants. Dans ce cas, la part qui doit revenir aux héritiers sera calculée en prenant en considération *la situation de la société au moment de la mort de l'associé*, ainsi que les résultats des affaires en cours à cette date. Autrement dit, lorsqu'ils sont « une suite nécessaire de ce qui a été fait avant le décès de l'associé ». La réglementation de ces questions est laissée à l'appréciation des tribunaux.

188. L'article 1865 du Code civil, dans son quatrième alinéa, décide que, lorsqu'un associé subit une interdiction légale, résultant d'une *condamnation*, aussi bien que celle qui est prononcée pour *démence*, *imbécillité* ou *fureur* habituelles, et n'étant capable d'apporter aucun concours à la société, cette dernière sera dissoute. Cette *dissolution s'opère de plein droit*. La *dation d'un conseil judiciaire* n'est pas assimilable à l'interdiction, et n'entraîne pas, de plein droit, la dissolution de la société, car l'article 1855 du Code civil établit limitativement les causes de dissolution de plein droit. Néanmoins, elle peut entraîner, comme l'absence, la dissolution de la société ¹.

Bien que l'article 1865 du Code civil ne parle pas de la *faillite* d'un associé, il faut admettre qu'elle entraîne comme la déconfiture, la dissolution de la société. Mais cette dissolution est purement facultative pour les autres associés et les tribunaux peuvent décider, en exa-

1. Req., 28 mars 1892, D. 1892.1.265.

minant les circonstances, que les associés ont consenti à la continuation de la société. De même, les associés peuvent insérer dans l'acte social une clause de ce genre, pourvu qu'elle ne soit pas intervenue après la faillite. Les créanciers personnels de l'associé failli *ne peuvent s'opposer à cette continuation*, pourvu que la société les fasse jouir des droits de celui qu'ils représentent. De toute façon, la règle d'après laquelle la faillite d'une société entraîne la dissolution de la société n'est pas d'ordre public, et ne peut, comme nous l'avons dit, y déroger dans l'acte social.

La dissolution de la société pour cause de faillite, peut être invoquée non seulement par les coassociés du débiteur insolvable, mais aussi par ce dernier ou par ses créanciers ¹.

Toute dissolution de société doit être constatée par un *acte ayant date certaine*, pour pouvoir être opposé aux tiers, et notamment aux créanciers de l'un des associés. Quoique la société soit dissoute entre les associés, et qu'une preuve régulière et légale soit produite par eux, la société est considérée, relativement aux tiers, comme encore existante, lorsque la conduite des associés a empêché les tiers d'avoir connaissance de la dissolution. En vertu de la loi du 4 mars 1889, la liquidation judiciaire entraîne, comme la déconfiture et la faillite, la dissolution de la société. En effet, la liquidation judiciaire produit une partie des effets de la déconfiture et de la faillite ². Dans les sociétés par actions, le décès, l'interdiction ou la déconfiture d'un actionnaire ne mo-

1. Req., 4 août 1880, D. 1881.1.464; Poitiers, 26 déc. 1892, D. 1894.2.73

2. Poitiers, 26 déc. 1892 (cité).

tiveraient pas la dissolution, la considération des personnes étant secondaire dans ces sortes de sociétés.

189. L'article 1869 du Code civil, qui accorde à chacun des associés d'une société à durée illimitée, le droit d'en demander la dissolution, à la condition expresse que cette demande soit faite de bonne foi, et non à contre-temps, s'applique aussi aux associations syndicales¹.

Dans les sociétés dont la durée est limitée, les associés n'ont pas le droit de se retirer, ou de demander la dissolution de la société, avant l'expiration du terme. La *renonciation d'un associé ne peut mettre fin à la société* lorsqu'elle est constituée pour une affaire déterminée, quoi qu'il n'y ait pas de terme désigné dans l'acte social, si ce terme résulte implicitement de l'opération sociale². Si nous sommes en présence d'une société qui a été constituée pour toute la vie des associés, elle impliquera une obligation perpétuelle qui autorise les associés qui la composent à en demander la dissolution avant le terme fixé. De même, la société formée pour tout le temps d'une exploitation dont le terme est indéfini et qui peut durer plusieurs siècles est une société à durée illimitée, dont la dissolution peut être demandée aux termes de l'article 1869 du Code civil.

Dans l'acte d'une société dont la durée est illimitée, *les parties ne peuvent pas valablement renoncer au droit d'en demander la dissolution*. Néanmoins, les parties peuvent renoncer à ce droit, en substituant à ce

1. Nancy, 19 mars 1892, D. 1893.2.31; Lyon, 1^{er} déc. 1898, D. 1900.2; 187.

2. Aubry et Rau, *op. cit.*, p. 384.

moyen légal d'autres moyens de s'affranchir et de se dégager des liens sociaux. Ainsi, par exemple, on peut considérer comme atteignant ce but, lorsque le fonds social est divisé en actions, avec faculté pour chacune des parties de les céder ou vendre, et de réaliser ainsi sa part de propriété. Si l'associé qui veut dissoudre la société n'a point fait notifier ses intentions à tous les associés, il ne peut demander la dissolution de celle-ci, lorsque ceux à qui la notification n'a pas été faite s'y opposent.

190. Les dispositions de l'article 1871 du Code civil, en ce qui concerne la dissolution des sociétés, pour motifs légitimes, *sont absolument générales*, et s'appliquent, en principe, à toutes les sociétés, quelle qu'en soit la nature¹. De plus, l'article 1871 du Code civil *n'est pas du tout limitatif*, la dissolution pouvant être prononcée toutes les fois que l'intérêt est en péril². L'article 1871 du Code civil est applicable aussi aux sociétés en commandite simple, même au profit des simples commanditaires³; et aussi aux associations en participation⁴. De même, il est applicable aux sociétés constituées *intuitus pecuniae*, aussi bien qu'à celles de personnes⁵. La question de savoir s'il y a, ou non, de justes motifs de dissolution est une question de fait, appréciée souverainement par les tribunaux⁶.

1. Lyon, 23 oct. 1926, *R. S.*, 1926, 450.

2. Cons. Rennes, 13 oct. 1926, *J. S.*, 1928, 170; Trib. Gand, 21 déc. 1910, *Pas.*, 1912.3.103.

3. Req., 9 juill. 1883, D. 1884.1.203; Req., 4 févr. 1895, D. 1895.1.183.

4. Douai, 29 mai 1897, D. 1898.2.130; Trib. com. Toulouse, 3 juin 1930 (cité).

5. Req., 18 mars 1895, D. 1896.1.34.

6. Req., 31 mars 1908, D. 1908.1.253; Gand, 30 déc. 1910, *Pas.*, 1911.2.297; Req., 13 déc. 1926, D. 1928.1.140. Cass., 11 mars 1929, *G. P.*, 1929.1.829; Cass. req., 3 févr. 1930, 1930.1.645.

Une société peut être dissoute, non seulement quand un associé manque aux engagements qu'il a contractés par l'acte de société, mais encore quand *il ne remplit pas ceux qu'il a contractés par un acte postérieur*, alors qu'il est d'ailleurs reconnu par les juges que cet acte est postérieur, et le complément de l'acte de société. De même, une *mésintelligence grave entre les associés* constitue un *juste motif de dissolution de la société* ¹.

Un associé peut demander l'exclusion d'un autre associé ².

Section II. — Conséquences de la dissolution.

§ 1. *La liquidation de la société.* — § 2. *Partage.*

§ 1. — LA LIQUIDATION DE LA SOCIÉTÉ

191. Survie de la personnalité juridique. — 192. Conséquences. — 193. Nomination des liquidateurs et leurs pouvoirs. — 194. Continuation.

191. La société civile étant considérée comme personne morale distincte de celle des associés, *il est difficile que pour les causes que nous venons d'examiner, elle soit dissoute au moment où les affaires sociales sont terminées* sans que les intérêts des associés, comme ceux des tiers, soient fixés d'une manière définitive. En effet, il est nécessaire de procéder toujours à une *liquidation qui a pour but de fixer l'actif et le passif de la société*, et d'en faire la balance, pour pouvoir partager entre les associés leurs droits respectifs. Par conséquent, *la per-*

1. Rennes, 13 oct. 1926 (cité); Bruxelles, 28 juill. 1908, Pas., 1910.2.158; cons. aussi : Trib. com. Toulouse, 13 oct. 1926 (cité).

2. Caen, 11 nov. 1927, D. 1928.2.65 et la note.

sonnalité juridique doit survivre pour que la société ne soit pas transformée entre les associés en un état d'indivision; car, dans ce cas, les créanciers sociaux perdraient le bénéfice de leur droit de gage exclusif, et les associés seraient considérés comme de simples individuels. La Cour de cassation, en définissant la société en liquidation, s'est exprimée dans les termes que voici: « Si, par l'effet de la dissolution, la société cesse d'exister pour l'avenir, et pour les opérations en vue dequelles elle avait été constituée ; si elle ne peut plus vendre, acheter, faire le commerce, elle continue, néanmoins, d'exister pour régler ses affaires accomplies, c'est-à-dire, pour se liquider. Suivant la formule employée dans le langage commercial, elle ne subsiste plus que pour sa liquidation ; mais, à ce point de vue, et pour ce but, elle conserve tous ses droits et tous ses biens. La force des choses veut qu'il en soit ainsi, pour les nécessités mêmes de la liquidation, laquelle deviendrait impossible si l'on admettait que, par l'effet de la dissolution, la communauté prend place de la société dissoute, et que les droits individuels et privatifs des anciens associés, devenus de simples communistes, sont substitués ou superposés au droit exclusif de la société ¹. »

192. Plusieurs conséquences se dégagent de l'état de liquidation, avec la survivance de la personnalité juridique. D'abord, les créanciers sociaux *ont les mêmes droits* que pendant la durée de la société. Par consé-

1. Req., 27 juill. 1863, D. 1863.1.460; voir aussi : Req., 3 févr. 1868, D. 1868.1.225; Req., 17 mai 1877, S. 1877.1.356; Req., 13 janv. 1892, S. 1892.1.100; Cass. civ., 22 janv. 1930, G. P., 1930.1.505; Lyon-Caen et Renault, *op. cit.*, n° 366.

quent, ils peuvent se faire payer sur le fonds social, à l'exclusion des créanciers personnels des associés. Le tribunal compétent, concernant les actions contre la société, reste *le tribunal du lieu du principal établissement*, donc la société sera assignée à son domicile social. L'actif, une fois déterminé, *restera la propriété de la société jusqu'au partage*. Les obligations contractées pour les besoins de la liquidation obligent la société, personne juridique. Etant personne juridique, pendant la liquidation, une société commerciale pourra être déclarée en faillite.

193. Les *liquidateurs* d'une société peuvent être désignés par l'acte de société, ou, à défaut d'une telle clause, par tous les associés, ou par leur majorité, si l'acte de société le permet. A défaut de désignation, la liquidation peut être faite par tous les associés. Un liquidateur peut être nommé, même judiciairement, lorsqu'il y a désaccord entre les associés, ou s'il y a de justes causes de ne pas confier la liquidation à ceux désignés par l'acte social ¹.

Si l'un des associés est mineur, le tuteur de celui-ci peut prendre part à la nomination des liquidateurs, sans qu'il soit besoin, dans ce cas, que les liquidateurs soient désignés par le tribunal ².

Le mandat du liquidateur cesse par l'achèvement des opérations de la liquidation, par sa mort, son interdiction, sa faillite, sa déconfiture (art. 2003, C. civ.) et non par les mêmes événements qui atteindraient les associés. Lorsqu'une société en liquidation est déclarée en faillite,

1. Seine, 30 mai 1894, S. 1895.1.24; Cass., 27 mars 1893, S. 1894.1.174.

2. Lyon-Caen et Renault, *op. cit.*, n° 367.

Le liquidateur n'est pas dessaisi de ses fonctions par l'organisation du syndicat de la faillite, car il doit exercer les droits et actions que la loi confère à tout failli. La révocation peut être encore prononcée de la façon même dont il a été nommé, par l'unanimité ou la majorité des associés, soit par la justice. Le liquidateur nommé par l'acte social n'est pas révocable *ad nutum*. Il ne peut être révoqué que par les tribunaux, et seulement pour de *justes causes*, ou par l'unanimité des associés. Le liquidateur peut lui aussi renoncer à ses fonctions, et ici il faut appliquer les règles de l'article 2007 du Code civil.

194. *La liquidation a pour objet de continuer et terminer les affaires sociales en cours, de recouvrir toutes les créances et de payer toutes les dettes sociales, pour arriver ainsi au résultat final, à la constitution de l'actif net, que les ayants droit auront à se partager. Pour arriver à ce résultat, les liquidateurs ont le droit et les pouvoirs fixés ordinairement par les statuts, ou par l'acte contenant leur nomination. A cet effet, les liquidateurs sont les mandataires des associés et non des créanciers*¹. Ils pourront, par conséquent, et en général, *toucher et payer toutes les sommes concernant les affaires sociales, régler tous les comptes, vendre les objets mobiliers, et réaliser ainsi l'actif ou le passif net de la société*. Si, pour arriver à l'extinction complète du passif, l'actif mobilier n'était pas suffisant, *les liquidateurs pourront vendre les immeubles, même à l'amiable, et même dans le cas où il existerait, parmi les intéressés,*

1. Lyon-Caen et Renault, *op. cit.*, n° 377 et 378.

des incapables. Cette règle est appliquée en matière de sociétés commerciales, et les sociétés civiles constituant, elles aussi, une personne juridique distincte de celle des associés, elle peut y être étendue. Si un liquidateur a reçu les pouvoirs les plus étendus par les tribunaux, il peut procéder même à la vente aux enchères d'un immeubles social, qui ne peut être partagé en nature ¹.

Une association en participation n'étant pas une personne juridique, il ne peut y avoir lieu, après dissolution, qu'à un *règlement de comptes entre les coparticipants*, sans qu'une telle association soit susceptible d'être mise en liquidation comme être moral, représenté par un liquidateur ².

En principe, le liquidateur ne doit pas faire un *inventaire notarié*, lors de la dissolution de la société. En effet, si les associés sont majeurs, il suffit de faire dresser, par le liquidateur, — et approuver par les intéressés, — un *état de la situation de la société, au moment où il prend ses fonctions*. Il en est de même, lorsque, parmi les associés, il y a des mineurs, ou des incapables, car, dans ce cas, il y a *l'inventaire annuel qui, généralement, est prescrit par l'acte social*, et lequel ne doit être fait que par le notaire. De même, ils n'ont pas à faire apposer les scellés au siège social. Les associés, eux-mêmes, n'ont ce droit qu'en vertu d'une autorisation du tribunal. Mais, cette règle, qui est applicable aux liquidateurs et aux associés, l'est aussi aux créanciers de la société, lesquels, en vertu d'un titre exécutoire, peuvent requérir l'apposition des scellés sur l'actif social,

1. Cass., 24 juill. 1871, S. 1871.1.47. Req., 23 déc. 1889, D. 1891.1.17.

2. Paris, 6 mars 1890, D. 1891.2.219; Poitiers, 8 déc. 1892, D. 1893.2.111; Trib. civ. Vervins, 31 juill. 1902, D. 1903.2.425.

même dans le cas où l'acte social l'interdit après le décès de l'un des associés ¹.

§ 2. — PARTAGE.

195. Règles à suivre. — 196. Continuation.

195. Lorsque les liquidateurs ont terminé les affaires sociales, réalisant ainsi l'actif net, l'état de liquidation cesse et la société, considérée comme être moral, *va se transformer en état d'indivision entre les associés*. En vertu de l'article 1872 du Code civil, il y a lieu de partager entre les associés, ou leurs représentants, *tous les biens constituant le patrimoine social*, transformé en état d'indivision. D'après le même article : « les règles concernant le partage des successions, la forme de ce partage, et les obligations qui en résultent entre les cohéritiers, s'appliquent aux partages entre associés ». Le partage peut être fait immédiatement après la cessation de l'état de liquidation, ou bien, conformément à l'article 815 du Code civil, les parties peuvent le suspendre pendant un délai n'excédant pas cinq ans ².

Le partage peut avoir lieu à *l'amiable*, ou *sous forme de transaction*, si les assurés sont majeurs. S'il y a, parmi eux, des mineurs ou des incapables, ou s'il n'y a pas d'accord entre eux, le partage sera fait judiciairement, *en observant les prescriptions de la loi*, concernant le partage des successions dans lesquelles des mineurs sont intéressés. Toutefois, contrairement aux prescriptions de l'article 1872 du Code civil, il y a des règles spéciales au partage des successions, qui ne s'appliquent

1. Cass., 23 juill. 1872, S. 1872.1.324.

2. Lyon-Caen et Renault, *op. cit.*, n° 414bis.

pas aux sociétés. Ainsi, *la disposition de l'article 841 du Code civil qui établit le retrait successoral au profit des cohéritiers, quand l'un d'eux a vendu ses droits successifs à un étranger, ne s'applique pas aux associés. Quant à la disposition de l'article 882 du Code civil suivant laquelle les créanciers des cohéritiers ne sont pas recevables à attaquer par l'action paulienne, le partage une fois terminé, la jurisprudence décide, d'une façon constante, qu'elle n'est pas applicable en matière de sociétés*¹.

N'est pas applicable, non plus, aux sociétés, l'article 792 du Code civil aux termes duquel *celui des héritiers qui a diverti ou recelé des objets d'une succession, ne peut prétendre à aucune part dans ces objets*².

196. L'action en partage peut être intentée, soit par *l'associé*, soit par *les héritiers* de celui-ci, soit, enfin, par *les créanciers* de l'un des associés (art. 1166, C. civ.). En cas de désaccord entre les associés, relativement au mode de partage, c'est *le partage en nature* qui doit avoir lieu, comme étant de droit commun. *Le nom de la société faisant partie de son actif*, doit être compris dans les biens à partager entre les associés, lors de la dissolution de la société. Généralement, le partage comprend la totalité de l'actif social, néanmoins, lorsque des associés ont fait une opération particulière, en dehors des affaires sociales, cette opération peut être l'objet d'un partage distinct.

Un associé ne peut contraindre ses coassociés à partager un objet particulier de la société, avant qu'il n'ait

1. Req., 28 mai 1895, D. 1896.1.154; Req., 18 juill. 1899, D. 1900.1.17

2. Cass., 28 août 1865, S. 1865.1.453; Lyon-Caen et Renault, *op. cit.*, n° 421.

été procédé à la liquidation de la société, et au règlement des comptes des associés entre eux.

Lorsqu'un associé, avant la dissolution de la société, cesse d'en faire partie, pour une cause quelconque, *il n'a droit au partage qu'en égard à l'état des affaires sociales, au moment de sa retraite, ou de son exclusion, et doit supporter, s'il n'y a pas de clause contraire, les pertes, dans la mesure de son intérêt social*¹.

En matière de partage entre associés, comme en matière de partage de succession (art. 829 et 830) *celui des copartageants qui détient, ou a reçu précédemment des sommes ou valeurs faisant partie de l'actif commun, doit en faire compte en moins prenant aux autres ayants droit*, qui sont admis à prélever sur la masse, une part égale à celle dont ce copartageant se trouve déjà saisi².

Il y a lieu, ensuite, de prélever sur l'actif net partageable, et de comprendre dans les droits de chacun des associés, *le montant de ses apports*. Ce qui reste disponible après représente les bénéfices ; le déficit représente les pertes. *La répartition des bénéfices ou pertes, se fera d'après les règles fixées dans les statuts de la société*. Lorsque les bénéfices ou pertes doivent se répartir proportionnellement aux apports, il n'y a aucune difficulté. Mais, quand il y a inégalité entre les apports et la répartition des bénéfices ou pertes, *il faut appliquer la règle de prélèvement des mises et, après, le surplus qui reste, lorsqu'il y a des bénéfices, est réparti dans la proportion fixée par les statuts*. S'il y a des pertes, on va déterminer la répartition de celles-ci à la charge de chaque associé, puis on déduira cette somme

1. Civ., 20 oct. 1897, D. 1898.1.43.

2. Orléans, 14 mars 1883, S. 1883.2.159.

de son apport. Le partage entre les associés *est susceptible d'être rescindé pour lésion de plus du quart*¹. Par conséquent, les associés sont garants, les uns envers les autres, conformément aux articles 884 et 885 du Code civil. Le partage est déclaratif et non translatif. Donc, chaque associé est censé avoir été propriétaire des choses comprises dans son lot, depuis qu'elles sont entrées dans la société.

1. Cass., 26 mai 1897, S. 1897.1.300.

CHAPITRE V

LES INNOVATIONS APPORTÉES PAR LE PROJET DU CODE FRANCO-ITALIEN DES OBLIGATIONS ET CONTRATS DANS LA RÈGLEMENTATION DU CONTRAT DE SOCIÉTÉ.

197. Le projet franco-italien des obligations et contrats. —
198. Définition et caractères de la société. — 199. La per-
sonnalité juridique. — 200. L'art. 540 du Projet franco-
italien. — 201. La société lécnine. — 202. L'administration
de la société. — 203. L'article 560 du Projet franco-italien.
— 204. Innovations en matière de liquidation et de partage.
— 205. Conclusion.

197. Le Projet du Code franco-italien des obligations et contrats inspiré par l'idée d'établir l'*unité de législation privée* dans les pays de l'Europe, tout en maintenant les traditions juridiques de la France et de l'Italie, n'a pas hésité à emprunter des *théories et systèmes à des nouvelles législations* ou aux jurisprudences créées par les juridictions des pays civilisés. A ce point de vue le Projet du Code franco-italien des obligations et contrats nous apparaît comme le résultat d'un travail méthodique correspondant à la technique juridique moderne et applicable aux exigences de la vie pratique. Par sa concision et par ses caractères dus aux éminents jurisconsultes des deux pays respectifs, et surtout par l'idée directrice qui a guidé les commissions qui l'ont

élaboré, *il peut devenir dans l'avenir le nouveau droit commun de l'Europe*. Déjà l'idée de l'unification du droit privé dans ce projet a rencontré l'adhésion de plusieurs pays, notamment la Belgique, la Roumanie, la Grèce et le Canada. Sa mise en vigueur, ne fût-ce que pour les pays adhérents, *permettrait la création d'une unité de droit*, ayant pour conséquence, outre les résultats pratiques immédiats, *la création d'une solidarité générale, d'une conscience collective et d'une confiance réciproque, autant de nécessités pour l'organisation définitive de ce vieux continent si éprouvé au cours des siècles*¹.

198. Le contrat de société a reçu dans le Projet du Code franco-italien des obligations et contrats, comme d'ailleurs toutes les autres institutions juridiques, une réglementation, moins détaillée peut-être que dans le Code civil mais *plus complète* au point de vue des principes dirigeant la nature de ce contrat. Les règles archaïques ayant un caractère didactique qui dominent le Code civil dans cette matière et qui ont été empruntées au droit romain ont été supprimées.

Ainsi la définition donnée par lui de la société, dans l'article 531, est plus précise, et son interprétation n'a pas du tout le caractère rigoureux de celle du Code civil. En disant : « Le contrat de société est celui par lequel deux ou plusieurs personnes conviennent de contribuer, chacune par la propriété ou l'usage des choses, ou

1. Cons. sur l'idée de l'unification du droit privé l'article de M. Scialoja dans *Nuova Antologia* du 1^{er} février 1926; voir aussi une de ses conférences faite à la Sorbonne le 18 avril 1918 et publiée dans la *Rivista di diritto civile*, 1918, pp. 134 et suiv., et dans la *Revue Internationale de l'Enseignement*, 1918, p. 171.

par sa propre industrie, à la réalisation d'une fin économique commune », le projet a écarté le mot *bénéfices* qui ont donné à une multitude d'interprétations tant pendant l'ancien droit que dans la jurisprudence moderne. Il est vrai que les mots *fin économique commune* ont une portée très générale et donnent à la société du droit commun un domaine d'application plus étendu que celui de la législation et de la jurisprudence latines. Par conséquent, une association constituée en vue d'éviter les pertes, conformément à l'article 531 du Projet du Code franco-italien des obligations et contrats aura le caractère d'une véritable société. En effet, la réalisation d'une fin économique peut se concevoir *tant au point de vue positif que négatif*. Si la jurisprudence française, comme nous l'avons constaté autre part, n'a pas cessé, d'une façon sporadique d'ailleurs, de considérer pareils groupements comme véritables sociétés, elle n'a pas établi un principe en cette matière, — la réalisation de gains positifs ajoutant au patrimoine des associés étant requise comme condition principale pour la nature d'une véritable société¹.

199. La société de droit commun telle qu'elle est réglementée par le Code civil donne l'impression, au premier abord, d'une masse commune de biens, sans aucune existence au dehors, et, conformément à l'esprit qui se dégage des articles respectifs du Code civil, une masse indivise soumise à un règlementation de comptes entre les associés seulement. C'est pour cela que les jurisprudences belge, italienne et roumaine, que nous

1. Voir les nos 31 et suiv.

avons examinées déjà, en suivant la doctrine, refusent d'admettre la personnalité juridique des sociétés civiles. Pour ces jurisprudences, les sociétés civiles ont un *caractère occulte*. La société civile n'a pas d'existence au regard des tiers. Les rapports entre les associés, en vertu du contrat de société, n'engendrent que des obligations personnelles entre eux. « Tout au plus peut-on ajouter que les parties ont composé un *fonds social* indivis, que les tiers sauront appartenir en commun aux sociétaires et sur lesquels les créanciers pourront exercer des poursuites ; tantôt les créanciers ayant traité avec tous les sociétaires agissent sur l'ensemble, et tantôt les créanciers de l'un d'eux agissent sur la part indivise de leur débiteur. A tous autres égards, le contrat de société leur est ignoré¹. » Lorsque le gérant d'une pareille société traite les affaires de celle-ci, *il les traite ou bien en son nom, devenant, par conséquent, créancier ou débiteur*, et il rendra compte des opérations effectuées si nécessaire ; ou bien, il agit au nom de tous les associés, auquel cas chaque associé sera tenu de la créance conjointe pour une part virile et les principes découlant du mandat seront applicables. Seulement, de graves difficultés apparaîtront ici, concernant la limitation de responsabilité des associés par des clauses spéciales insérées dans le contrat et leur innovation à l'égard des tiers. Résultats singuliers qui ont fait que la jurisprudence française, par opposition aux jurisprudences citées plus haut, reconnaisse la personnalité juridique des sociétés civiles, chose dont les résultats pratiques, comme nous l'avons vu, sont remarquables.

1. E. Thaller et J. Percerou, *op. cit.*, n° 293, p. 214.

Aussi, inspirées par les idées de la jurisprudence française, les deux commissions élaboratrices du Projet du Code franco-italien des obligations et contrats ont apporté une innovation législative insérée dans l'article 565 du Projet du Code franco-italien qui est ainsi conçu : « Les sociétés civiles sont considérées comme personnes juridiques à la condition de s'être soumises à une publicité de nature à porter leur constitution à la connaissance du public, soit par l'accomplissement de toute autre formalité prescrite par la loi. La personnalité de la société subsiste, pour les besoins de la liquidation, jusqu'à la fin de celle-ci. » La prescription de la publicité pour les sociétés civiles par le projet ne fait qu'appliquer, au point de vue pratique, *une des nécessités de l'institution juridique de la personnalité morale*. En effet, bien que la jurisprudence française ait reconnu la personnalité juridique des sociétés civiles, cette reconnaissance s'est heurtée à de nombreux obstacles découlant de la non-publicité de ces sociétés. Et c'est sans doute, sur ce fait principal, que les auteurs refusant la personnalité juridique des sociétés civiles, ont fondé leur argumentation la plus décisive. *Comment, en effet, reconnaître la personnalité juridique à des sociétés non soumises à un régime de publicité permettant leur révélation au monde extérieur ?* C'est l'idée de sortir de cette difficulté qui a poussé les éminents jurisconsultes de la France et de l'Italie, tout en reconnaissant la personnalité juridique des sociétés civiles, à exiger, en outre, *l'accomplissement de certaines formalités de publicité pour les sociétés civiles*.

200. Pour mieux sauvegarder les intérêts de la société, personne morale, l'article 540 du Projet du Code

franco-italien décide : « Chaque associé ne peut faire pour son propre compte, ou pour le compte d'autrui, aucune opération qui puisse être préjudiciable à la société. » Cette innovation législative, consacrée par la jurisprudence s'imposait à l'égard des associés *qui se sont unis justement en vue de la réalisation d'un but qui leur est commun*. Lorsqu'un associé directement nuit à la société, se comportant envers elle de telle façon que les opérations entreprises par lui ont comme résultat un préjudice au détriment des intérêts communs, il est naturel que ses actes soient frappés par des dispositions comme celles de l'article précité.

201. Le Projet du Code franco-italien des obligations et contrats, outre ces innovations d'importance principale, a confirmé, en le réglementant d'une façon plus précise, le principe de la nullité de la *clause léonine*. Néanmoins, pour compenser les services d'un associé qui apporte son industrie aux affaires sociales, — surtout dans le cas où la société encourt de mauvaises opérations qui se traduisent en pratique, par des pertes, — celui-ci, par exception, *peut être exonéré de la contribution* à ces pertes par une clause spéciale. Voilà d'ailleurs l'article 547 du Projet du Code franco-italien tel qu'il est libellé : « Est nul le contrat de société dans lequel un ou plusieurs associés sont exclus de la participation aux bénéfices ou aux pertes. L'associé qui n'apporte que son industrie peut néanmoins être déchargé de toute contribution aux pertes. La nullité, visée au premier alinéa de cet article, ne peut être opposée que par les associés exclus de la participation aux béné-

fices, ou, respectivement, par ceux qui sont tenus de contribuer aux pertes. »

202. L'article 553 du Projet du Code franco-italien visant le mode d'administration de la société et spécialement les décisions des associés, décide que « sauf convention contraire, lorsqu'une décision doit être prise à la majorité, celle-ci se compte par têtes ».

En matière de prorogation tacite, l'article 557 du Projet du Code franco-italien fixe d'une manière précise ce principe : « La société est prorogée tacitement, lorsque, malgré l'expiration du délai convenu, ou la consommation de l'affaire, les associés continuent des opérations de la nature de celles qui faisaient l'objet de la société. La prorogation tacite est censée faite d'année en année. »

203. Les dispositions des articles 1869 du Code civil français et 1733 du Code civil italien *visant le droit de chaque associé de provoquer la dissolution de la société*, étant trop générales, ce qui n'a pas permis à la jurisprudence de fixer un principe définitif en cette matière, l'article 560 du Projet du Code franco-italien dispose que « la dissolution de la société par la volonté de l'une des parties ne s'applique qu'aux sociétés dont la durée est limitée, et s'opère par une renonciation notifiée à tous les associés trois mois à l'avance. La renonciation doit être de bonne foi, et ne pas intervenir à contre-temps. » Ces formalités prescrites par le Projet du Code franco-italien des obligations et contrats sont dans l'intérêt de la société qui ne doit pas être gênée dans son fonctionnement par des demandes de dissolution faites,

soit sans aucune mise en cause des autres associés, soit de mauvaise foi, soit, enfin, dans un temps qui ne saurait être considéré *convenable* ou *opportun* à la marche des affaires sociales.

204. En ce qui concerne le partage, nous avons vu que le Code civil français n'avait pas de dispositions spéciales applicables en matière de société. Dans le Projet du Code franco-italien des obligations et contrats, les jurisconsultes des deux pays respectifs, ont réglé cette question dans plusieurs articles nouveaux qui apportent une *innovation essentielle en matière de partage* de la société. Ainsi l'article 562 du Projet du Code franco-italien décide que : « Sous réserve de ce qui est spécial à la transmission héréditaire, les règles concernant le partage des successions s'appliquent au partage des sociétés. » Et l'article 563 du Projet franco-italien continue comme suit : « Les pouvoirs des administrateurs cessent à la dissolution de la société. La liquidation est faite, le cas échéant, par tous les associés ou par un liquidateur, nommé par eux à l'unanimité. Le liquidateur est nommé ou remplacé, en cas de désaccord, par le juge, sur la requête de la partie la plus diligente. Il ne peut être révoqué que pour justes motifs. »

L'article 564 du Projet du Code franco-italien fixe les *dernières opérations concernant la liquidation et le partage* : « Après le payement des créanciers sociaux, avec mise en réserve des sommes nécessaires à l'acquittement des dettes non échues ou litigieuses, et après remboursement des dépenses ou avances qui auraient été faites par l'un des associés dans l'intérêt de la société, l'actif social est partagé entre tous les associés. Cha-

cun reprend une somme égale à la valeur de son apport à moins qu'il n'ait apporté que son industrie, l'usufruit ou la jouissance d'une chose. S'il reste un excédent, il est réparti entre les associés proportionnellement à leur part dans les bénéfices. Si l'actif net est insuffisant pour couvrir la reprise des apports, la perte se répartit entre les associés suivant la proportion stipulée. »

205. De cet aperçu général, il résulte que les innovations apportées par le Projet du Code franco-italien des obligations et contrats sont nombreuses et très importantes. *Le domaine des sociétés civiles par ces dispositions a été étendu et la réglementation concernant leur fonctionnement et leur mode d'administration a été fixé d'une manière très précise.* C'est par ces caractères que le Projet du Code franco-italien des obligations et contrats représente par rapport aux Codes civils français et italiens en particulier, et par rapport aux législations latines en général, une œuvre remarquable, inspirée par les idées directrices élaborées, tant par la jurisprudence française et italienne, que par les législations modernes d'autres pays. Son introduction dans la législation des pays qui ont adhéré à son élaboration contribuerait à une sorte d'unification partielle du droit des obligations, qui est le principal instrument juridique du développement économique et commercial d'un pays quelconque. Une fois cette introduction réalisée, il serait plus facile de l'étendre à d'autres Etats de l'Europe de législations différentes, car l'esprit du droit des obligations de n'importe quelle législation est plus ou moins inspiré du droit romain, *qui est la base fondamentale des législations latines.*

TITRE DEUXIEME

La réglementation et le fonctionnement de la société civile en droit comparé

CHAPITRE PREMIER

GÉNÉRALITÉS

Section I. La société à la veille de la rédaction du Code civil allemand. — **Section II.** Caractères généraux de la Société dans le Code civil allemand.

Section I. — La société à la veille de la rédaction du Code civil allemand

206. Aperçu général sur la société en droit allemand. — 207. La société dans le premier projet du Code civil. — 208. Les conclusions de la deuxième Commission chargée de l'élaboration du Code civil.

206. La réglementation du contrat de société dans le Code civil allemand *diffère radicalement de celle du Code civil français* et, en général, de toutes les législations latines inspirées du droit romain. La société civile du droit allemand, par ses caractères, par sa nature même, constitue une institution juridique ayant des traits qui l'opposent à la conception juridique de la *société* du droit romain passée dans la quasi-unanimité des législations de l'Europe. En effet, ainsi que nous

l'avons constaté déjà, en examinant le domaine de la société civile en droit comparé, la société civile du droit allemand au lieu d'être *personnifiée* est soumise aux conséquences du principe de la *Gesammte Hand*, — institution spécifique de la législation germanique qui se rapproche sensiblement de la personnalité juridique, tout en ayant ses caractères spéciaux et produisant des conséquences différentes, — dont l'ensemble lui impose une nature tout à fait spéciale vis-à-vis de celle de l'institution de la personnalité juridique. Outre ce principe, admis en matière de société civile, cette dernière se caractérise encore par sa *nature anonyme* et par le but qui ne doit pas être nécessairement *un but de lucre*. Tous ces caractères de la société civile lui impriment une nature spéciale qui est en opposition avec la conception juridique de la société des législations latines.

207. C'est déjà le premier Projet du Code civil allemand qui a englobé dans la notion de la Société, *Gesellschaft*, celle de l'Association, *Genossenschaft* ou *Verein*. Ce projet admettait, en outre, « qu'en vertu d'une clause des statuts, la société pourrait subsister nonobstant la *dénonciation* ou la *faillite* de l'un des associés, créant ainsi, à côté de la société de droit commun, fondée sur l'*intuitus personæ*, un second type de société où la considération de la personne des associés n'entrerait pas en ligne de compte, et où (ce qui est le cas dans l'association *stricto sensu* et dans la société commerciale), la confiance personnelle entre associés s'effacerait devant le but à atteindre, abstraction faite des individualités qui doivent y concourir. C'était la société à *caractère anonyme*, par opposition à la société à *caractère person-*

nel¹. » De plus, le projet non seulement *refusait la personnalité juridique de la société civile*, mais encore il admettait que celle-ci *n'avait pas de patrimoine social*. Les apports des associés devant constituer ce patrimoine restaient dans le patrimoine des associés, de telle sorte que leurs créanciers personnels *pouvaient exercer leurs droits à l'encontre de ces apports*. Entre les membres de la société, il n'y avait que des règles ayant un caractère obligatoire, même à l'égard des apports dont les propriétaires restaient les associés, de telle manière que l'idée de patrimoine séparé ne pouvait même pas se concevoir.

208. A cette conception juridique de la société civile, élaborée par la première Commission du Projet du Code civil allemand, s'en est ajoutée une autre, présentée par la deuxième Commission, dont les conclusions ont passé ensuite dans le Code civil. Cette dernière conception est celle de l'admission du principe de la *Gesammte Hand* en matière de société. Cette institution juridique, dont nous avons examiné la nature autre part, aboutit à conférer au contrat de société non seulement d'*effets obligatoires* mais encore d'*effets réels* découlant de la propriété en main commune, *Gesammte Hand*. Les conséquences pratiques de ce principe, déjà examinées en général, seront approfondies en traitant la réglementation de la société civile.

209. Il résulte de ces observations que, la deuxième Commission chargée d'élaborer le Projet du Code civil allemand « non seulement elle a accueilli la définition

1. Code civil allemand, *op. cit.*, t. II, p. 232 note à l'art. 705.

large de la société (art. 705), non seulement elle a adopté le type nouveau de la société à caractère anonyme (art. 736), étendant, en outre, ce caractère au delà des conclusions du premier Projet par la possibilité de cession de droits sociaux (art. 717), d'exclusion d'un associé (art. 737), — caractère que la doctrine va creuser encore plus avant : clauses de limitation de la responsabilité, admission de nouveaux membres, ... — mais elle a conféré au contrat de société, à côté d'effets obligatoires, des effets réels par l'admission en cette matière du célèbre principe germanique de la « propriété en main commune, » *Gesammte Hand*¹. »

Par tous ces traits, la société civile du droit allemand se présente comme une *institution juridique différente de la conception de la société civile régie par les législations latines*. Son *domaine*, sa *nature juridique*, ainsi que sa *réglementation*, font de la société régie par le Code civil allemand *une des institutions juridiques les plus originales*. Un court examen de sa réglementation législative et jurisprudentielle nous servira pour mieux la connaître et présentera quelque utilité pour la conclusion générale de cette étude.

Section II. — Caractères de la société dans le Code civil allemand

§ 1. *Les caractères de la société.* — § 2. *Association, Genossenschaft ou Verein, et société, Gesellschaft.*

§ 1. — LES CARACTÈRES DE LA SOCIÉTÉ.

210. Définition de la société. — 211. Le but commun et la réciprocité des obligations des associés. — 212. La société et les autres conventions voisines. — 213. Suite et conclusion.

210. Conformément à l'article 705 du Code civil alle-

1. Code civil allemand, *op. cit.*, p. 233 note à l'art. 705.

mand, « par le contrat de société, les associés s'obligent réciproquement à poursuivre la réalisation d'un but commun, de la manière établie par le contrat, spécialement à effectuer la prestation des apports convenus ». Il résulte de cette définition que la société consiste dans *l'obligation réciproque de plusieurs personnes d'agir ensemble pour atteindre un but commun*. La volonté des parties contractantes est *déterminante* pour la fixation du but commun, pourvu qu'il ne soit pas contraire aux bonnes mœurs et à la morale. Quant à sa nature, ainsi que nous l'avons constaté, *il ne doit pas être nécessairement un but de lucre*. Au contraire, *il peut être idéal ou de tout autre nature*, ce qui fait que la société civile du droit allemand est, en ce sens, complètement différente de celle des législations latines. Il en résulte donc que l'établissement d'un patrimoine commun et une contribution pécuniaire à cette fin ne constituent pas des conditions essentielles pour le contrat de société¹. *Cependant, le but de la société doit être commun à tous les associés*. C'est par ce caractère que le contrat de société se différencie d'autres conventions voisines. Ainsi, ne constitue pas une société la convention par laquelle une personne *prestant différents services à une autre personne reçoit de celle-ci, en dehors d'un traitement fixé, une quote-part des bénéfices réalisés*. C'est le cas d'un commis intéressé qui, outre son salaire, a droit à une portion déterminée des bénéfices réalisés par son entrepreneur. En effet, *le commis intéressé est soumis aux directives de l'entrepreneur et sert pour atteindre le but que le premier poursuit*. Sa qualité ne lui confère pas le droit de

1. R. G., 77, 226; 80, 271; J. W., 09, 656; Warn., 09 comp. 403; L. Z., 1915, 1379.

contrôle dans les affaires de l'entrepreneur. En ce qui concerne le rapport juridique existant entre lui et son chef, on devra appliquer, en principe, les règles du contrat de location de services ¹.

211. Néanmoins, dans le cas d'ambiguïté d'une convention, il faut toujours chercher s'il y a une *obligation réciproque* entre les parties contractantes tendant à réaliser un but commun. Ainsi, on peut concevoir l'existence d'un contrat de société dans le cas où, en vertu d'une convention, une personne reçoit, à la place d'une part de bénéfices réalisés, un traitement fixe, et en même temps est libérée de la charge de contribution aux pertes éventuelles ².

Lorsque deux personnes, poursuivant la réalisation de deux affaires similaires, conviennent réciproquement par une convention *de profiter de leurs bénéfices réalisés* sans que l'une d'elles ait une action déterminante dans la réalisation des affaires de l'autre, il n'y a pas de contrat de société. Toutefois, si ces deux personnes ont spécifié par une clause qu'*elles sont obligées de mettre toute leur diligence pour la réalisation de leurs affaires*, dans ce cas, il y aura entre elles une obligation réciproque et un but commun, par conséquent un contrat de société. L'existence d'une pareille société ne peut être repoussée par le fait que les affaires tendant à réaliser le but commun sont restées complètement séparées ³.

212. Le contrat de vente peut présenter quelquefois des ressemblances avec la société, mais il ne peut pas

1. *R. G.*, 105, 315; cons. aussi *R. G.*, 9.12.2, III, 278, 2; *Warn*, 1914, 37.

2. *R. G.*, *J. W.*, 1915, 1428; comp. *R. G.*, 90, 15.

3. *R. G.*, 73, 286.

être confondu avec celle-ci. Ainsi, dans un contrat de vente, lorsqu'on spécifie, en dehors du prix de vente qui est la prestation principale de l'acheteur, *une prestation d'autre nature*, par exemple la rémunération du dépôt du bien acheté, il n'y a pas de société, car l'obligation réciproque pour la réalisation d'un but commun manque ¹. Dans cet ordre d'idées, il faut ajouter qu'une convention par laquelle une personne s'oblige à procurer à une autre une propriété foncière, service pour lequel elle reçoit un pourcentage déterminé des bénéfices réalisés, n'a pas la nature d'une société. En effet, l'acheteur est libre d'acheter et de vendre les propriétés foncières à son gré ; l'obligation existant entre lui et la personne pour laquelle il procure ces propriétés n'a pas le caractère réciproque visant la réalisation d'un but commun ².

213. Le fait que dans un contrat de société il n'y a aucune obligation réciproque entre les associés, ce qui empêche l'existence d'un pareil contrat entre elles, *n'exclut point la possibilité de l'existence d'un autre contrat, d'autre nature, qui soit intervenu entre elles* ³. La convention intervenue entre plusieurs créanciers ayant pour but commun de sauvegarder, dans la mesure des possibilités, les prétentions qu'ils pouvaient avoir envers un débiteur commun et insolvable, est considérée comme société ⁴.

L'obligation réciproque des associés de poursuivre la réalisation du but commun contient aussi l'*obligation*

1. R. G., 30.5.07, VI, 342, 06.

2. R. G., 13.12.07, III, 202, 07 Voir aussi sur le but commun : R. Gruch, 66, 222.

3. R. G., 73, 287; 77, 227; R. G. Warn, 1911, 9.

4. R. G., 70, 33; 18.4.07, VI, 274. 06; 15.1.09, VII, 117 13

d'écarter tout ce que pouvait entraver cette réalisation. En effet, la société constituée entre les associés doit fonctionner de telle manière qu'il soit possible d'entrevoir la réalisation du but commun proposé et aucun acte des associés ne saurait l'en empêcher¹.

§ 2. — ASSOCIATION, « GENOSSENSCHAFT » OU « VEREIN »,
ET SOCIÉTÉ, « GESELLSCHAFT ».

214. Généralités. — 215. Différences entre la Société et l'Association.

214. De la définition donnée par l'article 705 du Code civil allemand, résulte encore que le contrat de société est un contrat consensuel synallagmatique. Les associés s'obligent réciproquement à prêter quelque chose pour la réalisation du but de la société. *Toutes les règles gouvernant les conventions synallagmatiques y sont applicables.* Dans la société, par conséquent, comme convention synallagmatique on devra trouver le consentement des associés exempt de tous vices et un objet licite. En outre, lorsqu'il s'agit d'une société civile du droit allemand, nous sommes en présence d'un rapport unique d'obligations. *La société ne constitue pas un sujet de droit distinct* de la personne des associés, comme l'association, *Verein*, ou d'autres corporations. Entre les associés il y a une relation de droit, un lien d'obligation à qui s'ajoute d'autres liens résultant des relations patrimoniales conformément au principe de la *Gesammte Hand*. Il y a donc société civile conformément à la définition de l'article 705 et suivants du Code civil allemand,

1. Comp. R. G., J. W., 1913, 429.

lorsque les associés forment une sorte de patrimoine social destiné à un but commun et soumis aux règles du principe de la propriété en main commune, *Gesammte Hand* ¹.

215. L'antithèse de la société, *Gesellschaft*, est l'association, *Genossenschaft-Verein*. L'association est une organisation convenue entre plusieurs personnes pour atteindre un but quelconque, et est indépendante du changement de ses membres adhérents. L'association, *Verein*, doit avoir un *statut corporatif*. Elle se distingue de la société spécialement *par la possibilité des conclusions dans les affaires à la majorité des voix*. Au contraire, la société n'est autre chose que la somme de ses membres. Son existence ou son extinction est en fonction des associés. En principe, comme nous le verrons plus tard, la mort ou la volonté d'un associé de sortir de la société entraîne la fin de celle-ci. L'association, *Verein*, est intangible de ces événements dans son existence et son identité. Elle survit à la mort de tous ses fondateurs. En matière de société, il n'y a pas de statut corporatif et pour la conclusion des affaires sociétés *l'unanimité est requise*. Les sociétés peuvent être divisées en sociétés civiles et commerciales. Ces dernières sont régies par des dispositions spéciales contenues dans le Code de commerce et le Code civil n'a qu'une importance supplétoire conformément aux dispositions de l'article 105, alinéa 2 du Code de commerce allemand.

Pour le contrat de société, la loi allemande n'exige aucune formalité. Néanmoins, lorsqu'il s'agit d'apporter

1. *Cons. R. G.*, 93, 244.

un immeuble en propriété (art. 311 et 313, C. civ. allem.), la forme prescrite pour la transmission de ces biens doit être observée ; si on n'a pas rempli cette formalité, le contrat de société doit être considéré nul d'après les dispositions de l'article 139 du Code civil allemand.

CHAPITRE II

LES DROITS ET LES OBLIGATIONS RÉCIPROQUES DES ASSOCIÉS ET LEURS ENGAGEMENTS A L'ÉGARD DES TIERS.

Section I. Les droits et les obligations des associés. — **Section II.** L'administration de la société. — **Section III.** Du patrimoine social.

Section I. — Les droits et les obligations des associés.

§ 1. *Obligations des associés.* — § 2. *Droits des associés.* —
§ 3. *Distinction entre le droit de représenter et de gérer la société.*

§ 1. — OBLIGATIONS DES ASSOCIÉS.

216. La prestation des apports. — 217. Les modes de prestation. — 218. L'augmentation des apports.

216. Les associés sont obligés de prêter les apports stipulés dans le contrat de société. De cette relation contractuelle dans la société civile, par opposition à la société commerciale, résulte que *chaque associé a le droit sur la prestation de son coassocié*, laquelle peut être sanctionnée par l'*actio pro socio* même dans le cas où l'administration de la société est confiée à une tierce personne¹. Le contrat de société peut contenir des clauses

¹, R. G. Seuff., 81, 27.

fixant la valeur et la nature des apports. A défaut de pareilles stipulations, les associés « doivent effectuer la prestation d'apports égaux » en vertu de l'article 706 du Code civil allemand. La convention des parties, en général, décide si les associés obtiennent en commun la propriété des apports, ou bien, seulement l'usage des choses apportées. Lorsqu'il n'y a pas de stipulation à cet égard, conformément aux dispositions de l'article 706 du Code civil allemand, les apports consistant en choses fongibles et consommables deviennent la *propriété commune des associés*. « La même règle, continue l'article cité, s'applique aux choses non fongibles et non consommables, lorsqu'elles doivent être apportées d'après une estimation qui n'a pas été établie exclusivement en vue du partage des bénéfices. » Le mot *apports* doit être pris dans le sens le plus large et comprend, en général, la *prestation de choses*, de *travaux* présentant une utilité pour la réalisation du but social, de *droits*, d'*argent*, de *brevet d'invention*, de *prêt de nom* pour le crédit social, etc.

217. La prestation des apports peut être *unique* ou *successive*, cela dépend de leur nature¹. Elle est faite conformément aux règles du droit commun. Il résulte de l'interprétation du contrat de société de savoir si les associés sont obligés à transmettre la propriété des choses, ou seulement leur usage ou leurs fruits. Dans le doute, cette question sera tranchée conformément à la présomption légale établie par l'alinéa 2 de l'article 706 du Code civil allemand dont nous avons parlé déjà².

Lorsque l'objet de la prestation est divisible, au point

1. R. G., 37, 61.

2. R. G., 109, 380.

de vue social, la prestation doit être considérée comme indivisible dans le sens de l'article 432 du Code civil allemand, parce que l'associé obligé d'apporter ne peut faire la prestation de son apport que seulement vis-à-vis de *tous les associés* et une fois cette prestation d'apports faite, l'associé, en vertu du principe de la propriété en main commune, *Gesammte Hand*, ne peut pas disposer seul de sa part dans la société ¹. L'obligation des associés de faire la prestation d'apports est une condition essentielle pour l'existence du contrat de société ².

218. En vertu de l'article 707 du Code civil allemand, « aucun associé n'est obligé de surélever son apport conventionnel ou de parfaire le fonds social lorsqu'il vient à être diminué par des pertes ». Si, néanmoins, la société décide d'augmenter le montant des apports, l'associé, grâce à l'article 723 du Code civil allemand, *peut dénoncer la société* pour cause grave ³.

L'associé qui a apporté des choses en propriété en est garant comme le vendeur en vertu des articles 445 et 493 du Code civil allemand. « Si les objets sont apportés uniquement pour la jouissance, des dommages-intérêts sont dus, d'après les principes généraux, sur la demeure et l'impossibilité d'exécution imputable à faute, dans l'application desquels, quant au contenu et à l'étendue de la prestation, il faudra tenir compte de l'article 242 du Code civil allemand. »

1. *R. G.*, 70, 32; 76, 280; 86, 68; 90, 300; 91, 34; *J. W.*, 1916, 837, *Warn.*, 1918, 53.

2. *R. G.*, *J. W.*, 03, annexe 42-87.

3. *R. G.*, *Rev. mens. Holtzheim*, 1914, 152. Voir aussi *R. G.*, 90, 166; *Gruchk G. R. U. S. H.* 58, 965.

§ 2. — DROITS DES ASSOCIÉS.

219. Le droit de gestion de la société. — 220. Les modes de gérer les affaires sociales. — 221. Droits et obligations des gérants. — 222. La responsabilité des associés. — 223. Suite.

219. Chaque associé a le droit de coopérer à la réalisation du but social. Toutefois, on peut, par le contrat de société, exclure les associés de la direction des affaires sociales ; dans ce cas, on attribue cette direction à quelques-uns des associés. Les associés *non administrateurs* conservent le droit de s'informer de la marche des affaires sociales et d'examiner ou d'inspecter les registres et les écrits de la société, pour qu'ils puissent se rendre compte de la situation patrimoniale de la société. De plus, l'article 716 du Code civil allemand ajoute : « Aucune clause *exclusive* ou *limitative* de ce droit ne peut s'opposer à son exercice, lorsqu'il y a lieu de soupçonner une gestion déloyale. » Ce droit est attaché à la *qualité d'associé* et ne peut pas être cessible. Néanmoins, la jurisprudence admet son exercice par un représentant légal de l'associé, ou par un expert désigné par celui-ci ¹.

220. En principe, la gestion des affaires sociales appartient en commun aux associés. Pour chaque opération, l'*unanimité des voix* des associés est requise. Nonobstant ce principe, on peut stipuler dans le contrat de société que la majorité des voix sera déterminée d'après le nombre des associés (art. 709, C. civ. allem.). Seulement, toutes les fois que la majorité usera de ce droit pour violer les intérêts de la minorité des associés, *ses décisions seront réputées comme étant à l'encontre des bonnes*

1. R. G., 25, 88,

mœurs, et, par conséquent, *nulles* ¹. La minorité dans ce cas pourra faire valoir ses prétentions directement contre la société ².

Conformément à l'article 711 du Code civil allemand, « lorsque, d'après le contrat de société, la gestion des affaires appartient à tous les associés ou à plusieurs d'entre eux, de telle manière que chacun ait le droit d'agir seul, chacun peut s'opposer à ce qu'une affaire soit entreprise par l'autre. En cas d'opposition, l'affaire doit nécessairement être abandonnée. » L'opposition d'un associé à l'exécution d'une affaire peut intervenir seulement *avant que celle-ci soit commencée*. Une opposition faite en termes généraux ne spécifiant pas l'affaire, ainsi qu'une opposition intervenue après la réalisation de l'affaire sociale, *sont sans effet* ³.

221. Les droits et les obligations d'un associé gérant se déterminent en vertu de l'article 713 du Code civil allemand, d'après les dispositions relatives au mandat, contenues dans les articles 664 à 670 du Code civil allemand, à moins qu'il n'y ait des exceptions résultant de l'acte de société. L'associé gérant peut dénoncer sa fonction pour une *cause grave* et dans ce cas l'article 671, alinéas 2 et 3, concernant le mandat, reçoit application correspondante. L'obligation de gérer les affaires sociales constitue pour l'associé gérant, en même temps un droit, qui ne peut lui être retiré que, soit par une *résolution unanime*, soit, lorsque les décisions se prennent à la majorité des voix, par résolution majoritaire et seulement

1. R. G., *Rev. mens. Holtheim*, 1913, 216.

2. R. G., 06, 66; 26.11.17, IV, 308, 17.

3. R. G., 81, 92.

« lorsqu'il existe une cause grave qui justifie cette décision ; sont causes de ce genre spécialement le manquement grossier au devoir ou l'inaptitude aux obligations d'une gestion régulière » (art. 712, C. civ. all., al. 1^{er}).

Il en résulte que la révocation du mandat de gérer les affaires sociales s'effectue par la *décision unanime* ou *majoritaire* des associés pour cause grave et non pas par une décision judiciaire. Nonobstant ces dispositions, la révocation peut être pure et simple comme conséquence d'une disposition prise antérieurement dans l'acte de société en vue de la fin de la gestion ¹.

Conformément aux dispositions de la loi il faut admettre le principe de la modification de la mesure de la responsabilité de l'associé gérant lorsque les circonstances ont changé, c'est-à-dire dans le cas où la même responsabilité risquerait d'être diminuée ou aggravée par suite des changements sociaux. Cette interprétation résulte de l'article 242 du Code civil allemand, qui contient la clause *sic rebus stantibus*.

L'associé gérant doit présenter un *rapport justifié* par les registres de la société, sur la gestion de celle-ci. On peut, néanmoins, pour un cas concret, prévoir d'autres modes de présenter un compte rendu sur la gestion de la société, qui résulte de l'appréciation des circonstances intervenues ².

222. La responsabilité des associés entre eux en cas de *culpa in concreto* correspond à un ancien principe du droit. L'associé responsable pour la *culpa in concreto* doit à son tour affirmer et prouver que dans ses propres

1. Comp. R. G., 22, 169.

2. R. G., 2.11.26, II, 594, 25.

affaires il ne procède pas avec une plus grande diligence ¹. Lorsqu'il s'agit d'un associé gérant qui a vendu, avec mauvaise foi, un bien de la société pour obtenir de l'acheteur, pour soi-même, des avantages de nature économique, *il sera obligé de dédommager la société*, en l'espèce, de céder à celle-ci les avantages obtenus ².

Quant à la responsabilité des associés vis-à-vis des tiers, résultant des engagements *ex contractu*, il faut appliquer les règles des articles 427 à 431 du Code civil allemand, visant les codébiteurs solidaires. En effet, en principe, leur responsabilité n'est pas limitée au fonds social.

223. Un associé, pendant le fonctionnement de la société, pour couvrir ses dépenses faites dans l'intérêt des affaires sociales, ne peut actionner les associés mais seulement la société ³.

Et c'est dans ce sens qu'on a décidé que, même un associé gérant, ne peut formuler aucune prétention à l'encontre de ses coassociés, avant que la société soit dissoute. Son droit d'actionner les autres associés ne peut se concevoir, en effet, que dans le cas où il y a des apports non effectués par les associés ⁴.

Par conséquent, l'associé gérant, pour toutes ses prétentions formulées, ne peut être payé que du fonds social et des apports d'ores et déjà exigibles ⁵.

1. *R. G.*, 18.4.07, VI, 274, 06.

2. *R. G.*, 82, 10.

3. *R. G. Warn.*, 1912, 71.

4. *R. G.*, 80, 272.

5. *Comp. R. G.*, 31, 141; *J. W.*, 1912, 240F.

§ 3. — LE DROIT DE REPRÉSENTER ET DE GÉRER LA SOCIÉTÉ.

224. Distinction entre les droits de représentation et gestion des affaires sociales. — 225. Les dispositions de l'art. 717 du Code civil allemand.

224. En ce concerne la gestion des affaires sociales il faut faire une distinction entre le *droit de gérer* et le *droit de représenter*. Le droit de gérer vise toujours le *rapport interne dans la société*, c'est-à-dire le rapport des associés entre eux. Au contraire, le droit de représenter *est toujours en relation avec le rapport externe*, par conséquent avec le rapport qui existe entre la société constituée par les associés et les tiers. En principe *le droit de représenter découle du mandat donné par les associés* à l'un d'eux ou à plusieurs, leur conférant le droit d'agir au nom de tous. Lorsque la gestion de la société est confiée à un seul associé, conformément à l'article 714 du Code civil allemand, dans le doute, il a le droit de la représenter à l'égard des tiers. A moins de convention contraire la qualité de représenter la société disparaît, lorsqu'il s'agit des rapports du droit entre l'associé gérant et la société, c'est-à-dire entre celui-ci et tous les autres associés ¹.

Dans le cas où la société est constituée seulement par deux associés qui, en cette qualité, ont ensemble le droit de la représenter, l'empêchement de fait ou de droit étant survenu pour l'un d'eux, l'exercice de ce droit appartient à l'autre même en cas de liquidation ².

Le mandat de représenter la société peut être donné, soit à un *seul associé*, soit *collectivement à plusieurs*

1. Comp. R. G., 32, 256.

2 R. G., 116, 116.

*associés, soit à tous les associés, soit, enfin, à des tiers*¹. Le droit de représenter ne peut être retiré que pour les mêmes causes que le droit de gérer (art. 712, Code civ. all., al. 1). Dans le cas où le droit de représenter a été conféré corrélativement avec la faculté de gestion, il ne peut être retiré qu'en même temps que celle-ci (art. 715, C. civ. all.).

225. « Les prétentions qui, en vertu du rapport de droit résultant de la société, appartiennent aux associés, les uns à l'encontre des autres, ne sont pas cessibles. Sont exceptées les prétentions appartenant à l'un des associés du chef de sa gestion dans la mesure où il peut en exiger satisfaction avant la liquidation, de même que les prétentions portent sur une part de bénéfices ou sur ce qui doit revenir à l'associé lors de la liquidation » (art. 717, C. civ. all.). Il en résulte que le droit de demander compte sur la marche des affaires de la société *n'est pas non plus cessible* même lorsqu'il s'agit d'un tiers qui a droit à une part des bénéfices d'un associé². En appliquant ce principe il faut décider que les apports ne sont pas cessibles entre les associés³; leur cession n'est possible que par la société⁴. En général la part des bénéfices est cessible. Néanmoins, il est interdit de céder des revenus ou intérêts, dans la caisse sociale⁵. La qualité d'associé peut être déclarée cessible par le contrat de société⁶.

1. *R. G.*, 90, 22.

2. *R. G. Gruch.*, 48, 912; *L. Z.*, 1912, 5586.

3. *R. G.*, 76, 436, *Warn.*, 1910, 55; cons. cour d'app. Hambourg, *Seuff.*, 73, 10.

4. *R. G.*, 76, 280.

5. *R. G.*, 67, 13; 13.3.13, II, 508, 7, 12.

6. *R. G.*, 92, 163.

L'entrée d'un associé dans la société peut être faite par un *nouveau contrat de société* conclu entre tous les associés, formant la société d'une part, et le tiers de l'autre ¹. Néanmoins, un associé concernant sa part de bénéfices peut former avec un tiers ou plusieurs une sous-société, *Untergesellschaft* ².

Section III. — Du patrimoine social.

§ 1. — *De la constitution du patrimoine social.* — § 2. *Du partage des bénéfices et des pertes.*

§ 1. — DE LA CONSTITUTION DU PATRIMOINE SOCIAL.

226. Le patrimoine social constituant la propriété en main commune, *Gesammte Hand*. — 227. La composition du patrimoine social. — 228. Conséquences résultant de la constitution du patrimoine commun.

226. « Les apports des associés et les objets acquis au moyen de la gestion pour le compte de la société deviennent le patrimoine commun des associés (*patrimoine social*) » (art. 718, Code civ. all., al. 1). Cet article établit le principe juridique germanique de la *Gesammte Hand*, dont la nature juridique a été examinée autre part.

Le patrimoine social qui est une sorte de *patrimoine spécial*, *Sondervermögen*, affecté au but de la société, n'aboutit pas à conférer à la société civile du droit allemand la personnalité juridique. Par conséquent ce n'est pas la société comme être juridique indépendant qui aura des droits et obligations mais *tous les associés pris collectivement*. *Les parts des associés ne sont pas repré-*

1. R. G. Warn, 1912, 421.

2. R. G. Warn, 1910, 9.

sentées dans le fonds social, dont ils n'en peuvent pas disposer. Les associés n'ont qu'un droit éventuel sur une part quelconque du fonds social jusqu'au jour de la dissolution et liquidation ¹. Il en résulte donc que la société ne formant pas une personne juridique, le patrimoine social ne peut appartenir qu'à tous les associés et sera le gage commun des créanciers sociaux. Du principe de la *Gesammte Hand* résulte encore que les associés ne peuvent intenter une action qu'ensemble. En outre, si un créancier social veut faire une exécution forcée contre le patrimoine social, il a besoin d'une sentence rendue *contre tous les associés* (art. 736, C. pr. civ. all.).

227. Le patrimoine de la société se compose *des apports et des objets acquis au moyen de sa gestion*. « Appartient également, continue l'article 718 du Code civil allemand, alinéa 2, au patrimoine social, ce qui est acquis sur le fondement d'un droit compris dans le patrimoine social, ou à titre d'indemnité pour la destruction, la détérioration ou la soustraction d'un objet compris dans le patrimoine social. »

Ainsi, le patrimoine social, conformément à l'esprit de l'article cité, se compose non seulement des apports et déjà prestés mais encore *des créances des apports exigibles et non exécutés* ². Sont acquis de droit pour le patrimoine social les fruits d'un bien social ou *les intérêts et les augmentations* de valeur d'un droit commun à tous les associés ³.

1. R. G., 56, 206; 65, 230; R. G., S. F., 39, 49.

2. R. G., 54, 297; Warn., 1910, 435.

3. R. G., 67, 133.

228. L'article 719 du Code civil allemand, interdisant à l'associé de disposer de sa part dans la société, confirme les conséquences du principe de la *Gesamte Hand*. Une disposition contraire à cette règle de droit n'est pas nulle. Elle est inefficace. Cette inefficacité se réfère seulement à ce qui concerne la société et non pas à l'égard des tiers envers lesquels l'associé reste obligé¹.

L'exclusion du droit de l'associé de demander le partage des différents biens du fonds social dépend de la décision de tous les associés². L'associé qui invoque une *compensation contre la société* ne peut être imaginé que dans le cas où tous les associés lui feraient une cession, car il ne saurait être suffisant que les autres associés acceptassent purement et simplement la compensation³. Toutefois la compensation peut être faite lorsque le débiteur de la société dispose d'une créance à l'encontre de tous les associés, même si cette créance trouve son origine dans un acte en dehors des relations juridiques sociales⁴.

§ 2. — DU PARTAGE DES BÉNÉFICES ET DES PERTES.

229. Règles fixées par le Code civil allemand. — 230. Possibilité de stipulations spéciales en cette matière.

229. Lorsque la société est contractée pour un temps illimité, en cas de doute, chaque associé peut demander *à la fin de chaque année sociale la clôture des comptes et la répartition des profits*. Si la société est contractée

1. R. G., 92, 398; 93, 294.

2. R. G., 65, 232.

3. R. G., 10, 47; L. Z., 1907, 427; *Wanr.*, 1917, 136; O. L. G., 6, 25.

4. R. G., 11, 118.

pour un temps déterminé ou déterminable, l'opération de la répartition des bénéfices se fait à la dissolution de la société. En principe, chaque associé reçoit une part égale dans les bénéfices ou doit participer, en cette mesure, aux pertes, sous considération de la valeur des apports qu'il a prestés. Ces règles sont applicables même lorsque les affaires sociales lors de la dissolution se traduisent en pertes.

230. Du contenu du contrat de société peuvent résulter d'autres dispositions. En effet, les associés sont libres de stipuler une autre répartition des bénéfices ou des pertes. En cette matière il faut toujours tenir compte, et faire une distinction, *entre les sociétés constituées en vue d'un but de lucre ou idéal*. En cas de société à but lucratif on peut même stipuler que la répartition des bénéfices se fera après *la réalisation de chaque affaire visant le but de la société*¹. A défaut d'une convention contraire, l'associé, sur le travail ou l'industrie duquel résident tous les bénéfices sociaux, n'a droit qu'à une part égale dans les bénéfices, comme chacun de ses associés.² La stipulation concernant la répartition des bénéfices, ou des pertes seulement, s'applique conformément à la disposition de l'article 722 du Code civil allemand, dans le doute, pour les deux cas.

1. Comp. R. G., 95, 174.

2. R. G., J. W., 09, 1606.

CHAPITRE III

DE LA DISSOLUTION DE LA SOCIÉTÉ ET SES CONSÉQUENCES

Section I. Les causes de dissolution. — **Section II.** La liquidation de la société.

Section I. — Les causes de dissolution.

231. Les articles 723 et 726 du Code civil allemand. — 231 *bis*. Continuation. — 232. Dissolution par la mort d'un associé. — 233. Autres causes de dissolution.

231. Abstraction faite des causes générales de la résolution des contrats, comme par exemple le terme extinctif, la condition résolutoire, etc..., la société se dissout lorsqu'elle a réalisé le but convenu ou si la réalisation de celui-ci est devenu impossible (art. 726, C. civ. all.).

En outre, elle peut se dissoudre par *la dénonciation d'un associé*. En effet, aux termes de l'article 723 du Code civil allemand, alinéa 1, « lorsque la société n'a pas été contractée pour un temps déterminé, chaque associé peut la dénoncer à tout moment. Lorsqu'un terme a été établi pour la durée, la dénonciation est recevable antérieurement à l'arrivée du terme, s'il existe une cause grave ; il y a cause de ce genre spécialement lorsqu'un autre associé, intentionnellement ou par né-

gligence grossière, viole l'une des obligations essentielles qui lui incombait d'après le contrat de société ou lorsque l'exécution d'une pareille obligation devient impossible ». De la même manière peut être dénoncée une société contractée pour la durée de la vie d'un associé (art. 724, C. civ. all.). Si les associés ont fixé un terme, la dénonciation est pourtant possible si une cause grave intervient. Dans ce cas, le terme de la dénonciation, s'il y en avait un stipulé, ne sera pas respecté.

La dénonciation, en aucun cas, ne peut survenir à *contre-temps*, excepté le cas où il y a cause grave¹. La dénonciation faite à contre-temps est efficace, mais elle peut donner lieu à des dommages-intérêts. La clause par laquelle on exclue ou on limite le droit de dénonciation est nulle (art. 723, C. civ. all., al. 2). Par conséquent, s'il a été stipulé que la société en cas de dénonciation d'un associé continuera, cette clause *sera valable* et on devra appliquer les règles suivantes :

« Lorsqu'un associé sort de la société, sa part dans le patrimoine social va par accroissement aux autres associés. Ceux-ci sont obligés de restituer à celui qui sort de la société les objets dont il a abandonné l'usage à la société, dans la mesure de l'article 732, de le libérer des dettes communes, et de lui payer ce qu'il aurait obtenu dans la liquidation si la société avait été dissoute au moment de sa sortie. Lorsque certaines dettes communes ne sont pas encore échues, les autres associés peuvent, au lieu de le libérer, fournir une sûreté à l'associé qui sort de la société. La valeur du patrimoine social sera, dans la mesure nécessaire, établie par voie

1. R. G., 61, 330.

d'estimation » (art. 738, C. civ. all.). Conformément à l'opinion dominante, l'accroissement en faveur des autres associés de la part sociale de l'associé sortant *s'effectue sans aucune forme spéciale de transmission* si la société continue avec les autres associés¹. L'associé surtout ne sera pas tenu pour les affaires sociales en cours qui seront attribuées aux autres associés².

231 bis. Lorsqu'un associé a violé les obligations essentielles qui lui incombent, il est tenu responsable envers tous les autres associés des dommages intervenus du fait de la dissolution prématurée de la société³.

La durée de la société est considérée comme limitée même lorsqu'il n'est spécifié dans le contrat de société aucun terme précis pour sa dissolution, à condition toutefois que le but social soit limité en temps (par exemple, l'utilisation d'un brevet qui expire à une date déterminée)⁴.

Il est considéré comme cause grave, permettant la possibilité de la dénonciation de la société, le fait de la *mauvaise marche de l'entreprise sociale*, car on ne saurait pas admettre de formuler cette prétention inéquitable, de demander à un associé de coopérer à une mauvaise entreprise⁵. De plus, constituent une cause grave pour la marche de l'entreprise sociale, et par conséquent susceptibles de provoquer la dissolution de la société, les effets produits par *inflation monétaire*⁶.

1. R. G., 68, 413; R. G., 68, 414.

2. R. G., J. W., 44510.

3. R. G., 64, 381, R. G., 76, 367, R. G., 89, 398, R. G. Warn, 1917 289.

4. R. G., J. W., 06, 74111; R. G., 30.1.11., V, 508, 10.

5. R. G., J. W., 1913, 2655; Warn, 1917, 289.

6. R. G., 28 janv. 1927, II, 25, 26.

Conformément à l'article 725 du Code civil allemand :
 « Lorsqu'un créancier de l'un des associés a opéré la saisie de la part de l'associé dans le patrimoine social, il peut dénoncer la société sans tenir compte d'aucun délai de dénonciation, à moins que le titre de la dette ne soit exécutoire que par provision. Tant que subsiste la société, le créancier ne peut faire valoir les droits de l'associé résultant du rapport juridique de société, excepté la prétention à une part dans les bénéfices ¹. »

232. A moins de convention contraire, la société se dissout par la mort de l'un des associés. « En cas de dissolution, continue l'article 727 du Code civil allemand, dans son deuxième alinéa, l'héritier de l'associé décédé est tenu d'annoncer sans retard le décès aux autres associés; et, s'il y a péril à différer, de continuer les affaires confiées à son auteur par le contrat de société jusqu'à ce que les autres associés, de communauté avec lui, puissent y pourvoir autrement. Les autres associés sont pareillement obligés de continuer les affaires qui leur ont été confiées. La société, dans cette mesure, *est réputée subsistante* ². » Une disposition analogue est inscrite dans l'article 673 du Code civil allemand en matière de mandat. Le mandat donné à un associé représentant la société subsiste en sa faveur « jusqu'à ce qu'il ait eu connaissance de la dissolution ou qu'il ait dû nécessairement connaître la dissolution » (art. 729, C. civ. all.). Néanmoins, les effets de ce mandat ne continuent pas à se produire en faveur *d'une tierce*

1. Cons. R. G., 67, 331; R. G., 95, 233.

2. Cons. R. G., 95, 32.

personne qui a pris, ou tout au moins est censée avoir pris, connaissance de la dissolution de la société¹.

233. Une autre cause de dissolution inscrite dans l'article 728 du Code civil allemand est l'*ouverture de la faillite* sur le patrimoine d'un des membres de la société. Néanmoins, il peut être établi dans le contrat de société qu'elle continuerait nonobstant la faillite d'un associé; mais dans ce cas, l'associé, dès que se produit cet événement, sort de la société. La société peut, enfin, être dissoute par décision unanime des associés. En effet, par l'unanimité des voix des associés, on peut rendre une décision valable en droit².

Section II. — La liquidation de la société.

234. Généralités. — 135. Règles de la liquidation.

234. En cas de dissolution pour les causes énumérées ci-dessus, il convient de ne pas négliger les intérêts économiques de la société. Pour sauvegarder ses intérêts, la société peut continuer à exister provisoirement bien qu'elle soit dissoute³. Après que la société est dissoute, le patrimoine de celle-ci est liquidé entre les associés conformément aux articles 732 à 735 du Code civil allemand. « Pour le surplus, sont applicables au partage les dispositions concernant la communauté par indivision » (art. 731, C. civ. all.). Lorsque la liquidation est confiée à plusieurs personnes, celles-ci ont le droit de

1 R. G. L. Z., 9, 3 0.

2 R. G., J. W., 6118; Warn 1917, 139.

3 R. G. Warn, 1915, 80.

demander aux associés un *compte rendu sur les affaires sociales seulement d'un commun accord*. Néanmoins, la convention contraire, insérée dans le contrat de société, est valable ¹.

Lorsque l'objet de l'entreprise sociale est la propriété exclusive de l'un des associés et lorsqu'il a été convenu dans le contrat de société que, lors de la dissolution de la société, celui-ci sera valorifié en commun, *cette clause sera interprétée d'après les circonstances* et sera décidé en conséquence, s'il faut appliquer les dispositions de l'article 731 du Code civil allemand qui prévoit, dans son deuxième alinéa, la possibilité du partage applicable en matière d'indivision (art. 753, C. civ. all.) ou si l'on va procéder au partage d'après les usages du droit du lieu donné ².

235. Si les parties n'ont rien stipulé à l'égard du partage, on va tenir compte des règles suivantes : Les objets apportés seulement pour l'usage seront restitués à celui qui les a prestés, sans qu'il puisse demander d'indemnité en cas de disparition ou détérioration des objets par cas fortuit (art. 732, C. civ. all.). Ensuite, conformément aux dispositions de l'article 733 du Code civil allemand, « sur le patrimoine social, il y a lieu, tout d'abord, de solder les dettes communes, y compris celles qui, à l'égard des créanciers, sont divisées entre les associés, ou celles dont les autres associés sont tenus comme débiteurs à l'égard de l'un d'eux. Lorsqu'une dette n'est pas échue ou est litigieuse, il y a lieu de réserver ce qui est nécessaire pour la solder. Au moyen du reliquat du

1. Comp. R. G., J. W., 1921, 6873.

2. R. G., L. Z., 1924, 6985.

patrimoine social subsistant, une fois les dettes soldées, il y a lieu à remboursement des mises. Pour les mises qui ne consistaient pas en argent, il y a lieu de restituer la valeur qu'elles avaient au temps de l'apport. Pour les mises qui consistaient *en prestation de services ou dans l'abandon de l'usage d'un objet*, aucun équivalent ne peut être réclamé. Pour l'acquit des dettes, et pour le remboursement des mises, le patrimoine social doit être converti en argent dans la mesure nécessaire. »

Néanmoins, les créances qu'un associé a acquises en cette qualité, envers la société, peuvent être valorifiées à l'encontre de tous les associés même pendant la dissolution de la société¹.

Si après le solde des dettes communes, reste encore un excédent, celui-ci appartient aux associés à proportion de leur part dans les bénéfices (art. 734, C. civ. all.). Au contraire, si le patrimoine social ne suffit pas pour le solde des dettes communes, chaque associé doit supporter les pertes dans la proportion déterminée. « Lorsque la part contributoire qui incombe à l'un des associés ne peut être obtenue, les autres associés doivent supporter le manquant dans les mêmes proportions » (art. 735, C. civ. all.).

1. R. G., 2.1.09, VII. 421, 08.

CHAPITRE IV

GÉNÉRALITÉS SUR LA RÉGLEMENTATION DE LA SOCIÉTÉ CIVILE EN DROIT AUTRICHIEN ET HONGROIS.

Section I. La société civile en droit autrichien. — **Section II.**
La société civile dans le droit coutumier hongrois.

Section I. — La société civile en droit autrichien.

236. Définition et caractères généraux. — 237. L'administration de la société. — 238. Les engagements des associés entre eux et à l'égard des tiers. — 239. La dissolution de la société et sa liquidation.

236. Le Code civil autrichien de 1811 qui fut révisé le 1^{er} janvier 1917, réglemeute la société, dans son chapitre XXVII, d'une manière très détaillée. Conformément à l'article 1175 du Code civil autrichien, « le contrat par lequel deux ou plusieurs personnes conviennent de mettre en commun, pour s'en partager le bénéfice, soit leur industrie seulement, soit leur industrie et les objets à eux appartenant, donne lieu à une société d'acquêts communs ». Cette définition, en substance, est celle que les législations latines donnent généralement à la société. L'étendue de la société en droit autrichien varie *suivant les apports des associés*. En effet, les droits sociaux sont plus ou moins étendus suivant que les asso-

ciés apportent des choses déterminées ou déterminables, ou toute une généralité de choses, ou enfin, toute leur fortune. Et c'est dans ce sens que l'article 1180 du Code civil autrichien décide que, lorsque la société est contractée entre époux, « ce qui est le cas le plus ordinaire doit être apprécié suivant les dispositions contenues à ce sujet dans le chapitre des pactes matrimoniaux ».

La société civile en droit autrichien n'est pas douée de la personnalité juridique.

Le capital social est formé *par tout ce qui a été expressément destiné à la réalisation de l'affaire commune* (art. 1182, C. civ. autrichien).

237. En matière d'administration de la société, et surtout aux délibérations et aux décisions sur les affaires sociales, on doit appliquer s'il n'existe aucune autre convention, *les dispositions contenues à cet égard dans le chapitre de la communauté de la propriété*, c'est-à-dire les articles 833 à 842 du Code civil autrichien (art. 1188, C. civ. austr.). En vertu de ces articles, l'administration de la société appartient *en commun à tous les associés*. Néanmoins, pour les affaires qui ne regardent que l'administration ordinaire de la société, ainsi que la jouissance d'un capital de la société, la *majorité des voix peut décider*. Lorsqu'il s'agit de changements dans les affaires de la société et si la majorité des voix des associés est décisive, la minorité des associés peut demander, à raison du dommage éventuel, soit une caution, soit à se retirer de la société. L'administration de la société peut être confiée aussi à un ou plusieurs associés; ceux-ci, en cette qualité, agiront comme des

mandataires des autres associés (art. 1190 et 833 à 842, C. civ. autr.).

238. En appliquant ces principes, la société ne peut être engagée à l'égard des tiers, sans le consentement, exprès ou tacite, des associés ou de leurs mandataires. « L'associé qui n'a mis dans la société qu'une partie de sa fortune peut posséder une fortune distincte de celle de la société et dont il est en droit de disposer librement. » *Les droits et les obligations qu'un tiers peut avoir contre la société* doivent donc être distingués des droits et des obligations qu'il peut avoir contre un associé en particulier (art. 1202, C. civ. autr.). L'associé d'une société civile n'est responsable que jusqu'à concurrence de sa mise : « sauf le cas, continue l'article 1203 du Code civil autrichien, présumé à l'égard des commerçants, où tous se seraient obligés ou auraient stipulé d'une manière solidaire en leur faveur ».

239. En droit autrichien, la société civile se dissout en principe pour les mêmes causes que celles des législations latines.

En matière de partage des bénéfices, — lorsque ceux-ci ne consistent pas en argent, mais en d'autres espèces de produits, — ainsi qu'en matière de partage du fonds social après la dissolution, sont applicables conformément à l'article 1194, Code civil autrichien, *les règles contenues dans le chapitre de la communauté de la propriété* (art. 840 à 843, C. civ. autr.). Par conséquent, en principe, le partage des bénéfices visés par l'article 1194, Code civil autrichien, ainsi que celui d'une chose commune aux associés, ne pourra se faire à la

majorité, mais à l'unanimité des voix; en effet, le partage doit être fait à la satisfaction de chaque associé (par analogie art. 841, C. civ. autr.). En cas de conflit entre les associés, le partage sera décidé *au sort*, ou confié à *des arbitres*, ou enfin soumis à la *décision du tribunal*. S'il y a des produits, ils doivent être partagés en nature; mais si ce mode de partage ne peut avoir lieu, chacun des associés est en droit d'en invoquer la vente aux enchères. Le prix réalisé est partagé, ensuite, proportionnellement entre les associés (art. 840, C. civ. autr.).

Section II. — La société civile dans le droit coutumier hongrois.

240. Généralités sur le droit coutumier hongrois. — 241. Caractères de la société de droit commun et sa définition donnée par le Projet de Code civil hongrois de 1928. — 242. Les relations juridiques entre les associés et à l'égard des tiers. — 243. La dissolution de la société et sa liquidation. — 244. Conclusion sur le droit autrichien et hongrois concernant la société.

240. Le droit privé hongrois ne pourrait être expliqué que par une minutieuse étude historique qu'il n'y a pas lieu d'examiner ici. Bornons-nous à dire seulement que *l'un des droits les plus originaux de l'Europe est certainement la forme actuelle du système juridique hongrois*. Il a comme base fondamentale le *Tripartitum* de Stephan Werböczy de 1514, une sorte de codification de droit qui ne put obtenir au cours des siècles que la force du droit coutumier. Il convient néanmoins de noter, ainsi que nous l'avons fait autre part dans notre étude, *qu'en Hongrie l'on codifia le droit commercial et le change*. Ensuite par différentes lois on a réglementé quelques *questions civiles*, spécialement *le prêt d'intérêt* (lois XXXI de 1868 et VIII de 1877), *l'usure* (loi XXV

de 1863), *le droit de tutelle* (loi XX de 1877), *le droit matrimonial* (loi XXXI de 1894). Une partie de ces lois sont encore en vigueur dans la Transylvanie, rattachée à la Roumanie par suite de la guerre mondiale. En outre, le Code civil autrichien de 1811, qui fut introduit par le Gouvernement hongrois, est appliqué aujourd'hui encore dans une grande partie de la Transylvanie. Bien que la codification du droit civil hongrois soit désirable, elle n'est pas arrivée à son terme. On a présenté plusieurs projets dans ce sens, dont le plus récent est celui du 1^{er} mars 1928, intitulé : *Projet du Code civil hongrois* ¹ inspiré par les principes du droit coutumier hongrois et par ceux du droit germanique.

241. Conformément aux principes du droit privé hongrois, — *qui n'a pas des règles spéciales en matière de sociétés civiles* (on leur applique tout au plus par analogie les dispositions de la loi XXXVII de 1875 (Code de commerce) concernant les associations en participation qui s'approchent sensiblement des sociétés civiles n'ayant pas de personnalité juridique) — *la société est le contrat par lequel deux ou plusieurs personnes s'obligent de coopérer pour la réalisation du but commun*, de la façon établie par le contrat. Le projet du Code civil hongrois à l'instar du Code civil allemand place la société dans le chapitre qui régit la propriété commune et la définit comme suit dans son article 1660 : « Par le contrat de société les parties contractantes — les membres de la société — s'obligent réciproquement

1. Magyarország magánjogi törvénykönyve. A M. Kir. Igazság gy miniszter által 1928 márczius 1 én az Országgyűlés élé terjesztett törvény javaslat, Budapest, 1928.

à coopérer à la réalisation du but commun déterminé d'une façon contractuelle, spécialement à la prestation des apports stipulés. »

Par conséquent la société est une réunion de personnes qui se rapproche des associations. Toutefois, des différences importantes existent entre elles. *Les associations*, sujets indépendants de droit, *ont un patrimoine propre. La société*, au contraire *n'est pas douée de la personnalité juridique*. Les associations ont leurs organes qui les représentent, envers les tiers, et envers ses propres membres. Dans la société, les associés ont des relations juridiques entre eux seulement et non pas avec la société. Le but de la société est *soit un but de lucre, soit un but idéal* et la durée est déterminée ou déterminable. Il n'est pas nécessaire qu'elle soit organisée juridiquement. En principe les relations juridiques entre ses membres se déterminent d'après *l'organisation interne de la société fixée dans le contrat* et d'après *les règles de sa représentation à l'égard des tiers*. Etant contractée *intuitus personæ*, la mort ou la dénonciation d'un associé mettent fin à la société.

Les apports des associés constituent *une sorte de patrimoine à destination de la réalisation du but commun*, c'est-à-dire une sorte de *Sondervermögen* du droit allemand, qui n'aboutit pas à conférer à la société du droit commun hongrois la personnalité juridique, avec ses conséquences¹ comme en matière de sociétés commerciales.

La constitution de la société civile n'est soumise à aucune formalité. Son but peut être fixé par les parties

1. Kis Mor, Magyar Lexikon, A tarsasagi szerződés

contractantes, à la condition qu'il soit possible et licite. Néanmoins, il est de l'essence de la société, *que les obligations de la société soient réciproques*, c'est-à-dire que les associés soient obligés de prêter les apports convenus. Le montant des apports doit être fixé d'avance. *Les augmentations n'obligent pas les associés* qui, dans ce cas, peuvent dénoncer la société. En ce qui concerne les apports, leur prestation et leur nature, les principes du droit autrichien trouvent application par analogie.

242. En ce qui concerne le rapport juridique entre les membres d'une société, il faut appliquer *les stipulations du contrat*. S'il n'y a pas de stipulations à cet égard, *c'est à tous les associés d'administrer les affaires sociales*. Au contraire, si l'administration de la société est confiée à quelques-uns des associés seulement, les autres sont exclus et n'ont qu'un droit de demander un compte rendu sur la marche des affaires sociales.

Lorsqu'il s'agit des relations des associés avec les tiers, il faut distinguer deux sortes de patrimoines : *le patrimoine spécial affecté au but de la société* et *le patrimoine privé de chaque associé*. En ce qui concerne les dettes dérivant des affaires sociales, les créanciers ont pour gage le patrimoine social et celui des associés. Quant à l'égard des créanciers particuliers, les associés sont responsables avec leur patrimoine propre et avec les parts des bénéfices leur incombant lors du partage dans la société. Il faut noter, qu'en droit privé hongrois, la question de savoir si les associés sont responsables solidairement, ou non, n'est pas résolue. La majorité des jurisconsultes proclament que les associés d'une société civile sont obligés *pro rata*, et repoussent

la solidarité du droit commercial hongrois (loi XXXVII, art. 88 de 1875).

243. La société est dissoute par *la décision unanime des associés*, par *l'arrivée du terme fixé* dans le contrat, par *la réalisation du but social* ou par *l'impossibilité de sa réalisation*, par *la disparition du patrimoine social*, par *la mort d'un des associés* à moins de convention contraire et par *la dénonciation faite* par l'un des associés.

En dehors du cas de dissolution de la société par la disparition du patrimoine social, celui-ci doit être partagé entre les associés. C'est-à-dire la propriété commune sur le fonds social cesse sans aucune intervention judiciaire. *Le partage du fonds social s'effectue d'après le mode établi dans le contrat de société*. S'il n'y a rien de stipulé à cet égard, *les parts des associés sont égales* et le partage se fait en nature, ou par la mise aux enchères. Si un associé a apporté la propriété des différents biens, ceux-ci ne lui sont pas rendus en nature mais leur valeur évaluée, lors de la constitution de la société. Au contraire s'il s'agit d'un apport en usage d'un bien, celui-ci n'appartient pas au fonds social et sera restitué à son propriétaire.

244. De cet aperçu général sur la société civile, *en droit autrichien et hongrois*, il résulte que les principes juridiques de la législation allemande concernant cette matière trouvent en grande partie une application nette. La nature juridique de la société du droit commun autrichien et hongrois, ainsi que son fonctionnement, à part quelques différences de très peu d'importance, *se rapprochent sensiblement des principes gouver-*

nant la société civile en droit allemand. De plus, si on parcourt les dispositions du Projet du Code civil hongrois de 1828, on s'aperçoit tout de suite qu'il est *calqué sur le Code civil allemand*. D'une façon générale, on peut conclure que l'influence du droit privé allemand dans les pays de l'Europe Centrale est puissante, et beaucoup d'Etats formant autrefois la monarchie austro-hongroise sont encore soumis aujourd'hui à des législations de droit privé inspirées par les principes du droit germanique.

CONCLUSION

245. La nature et le domaine des sociétés civiles dans l'ancien droit. Les causes qui ont déterminé, depuis la rédaction du Code civil, la crise des sociétés civiles. — 264. La tendance de commercialisation des sociétés civiles et leur réglementation législative et jurisprudentielle en droit comparé. — 247. L'état actuel des sociétés civiles. — 248. Les institutins juridiques qui empêchent l'extension du domaine d'application des sociétés civiles. — 249. La tendance de commercialisation du droit civil. — 250. Le problème de l'unité du droit privé.

245. En terminant cette étude, plusieurs constatations s'imposent impérieusement à notre esprit. Ces *constatations sont d'ordre critique* et destinées à déterminer la *véritable situation législative et jurisprudentielle*, concernant la *nature*, le *domaine* et le *fonctionnement des sociétés civiles* en droit comparé.

Pendant le régime de l'ancien droit français, la nature et le domaine de la société civile, en général, *ne sont pas bien déterminés*. La constitution des *sociétés taisebles*, qui étaient très fréquentes pendant ce temps, est due à l'organisation familiale en particulier, et sociale en général. Ces institutions juridiques ont été formées entre les membres d'une famille pour échapper aux rigueurs de la *main-morte*. Le véritable caractère de la société s'aperçoit dans les sociétés commerciales qui sont bien plus nombreuses et soumises à une régle-

mentation spéciale qui leur permet un fonctionnement parfait.

Néanmoins, les sociétés civiles, à la fin de l'ancien droit français, présentent les caractères que les rédacteurs du Code civil leur imposent plus tard. Les règles du Code civil ont été empruntées par les rédacteurs au droit romain et présentent, pour le fonctionnement des sociétés civiles, *une sorte de réglementation plutôt d'ordre théorique que pratique*.

Depuis la rédaction du Code civil, *les sociétés civiles ont subi une véritable crise*. L'étendue de leur domaine s'est réduite lentement et sans cesse. Les associations et les sociétés commerciales, ainsi que d'autres groupements intéressés, *forment autant de barrières qui s'opposent à une application plus étendue de leur domaine*. Bien que les dispositions contenues, à l'égard des sociétés, dans le Code civil, soient applicables à toutes les sociétés, civiles ou commerciales, formant ainsi *le droit commun des sociétés*, les sociétés commerciales *sont plus nombreuses* dans la pratique et *plus importantes* au point de vue de la vie économique et commerciale. La société civile, en principe, *est une société de personnes*, tandis que les sociétés commerciales sont, en général, des sociétés de capitaux par excellence. Les premières ont à leur base *l'intuitus personæ*. Cet élément qui, par sa nature, ne permet pas de grouper un grand nombre de personnes, favorise indirectement *la constitution des sociétés de grands capitaux*. En outre, les sociétés civiles étant régies par les dispositions du Code civil, qui sont *incomplètes et surannées*, ne répondant plus aux besoins actuels de la vie sociale et économique, donnent à celles-ci *un mauvais fonctionnement*.

De plus, la loi du 1^{er} août 1893, permettant aux sociétés civiles de se constituer sous forme commerciale a réalisé une grande innovation législative, il est vrai, mais *au détriment du domaine des sociétés civiles*. Cette tendance de commercialisation des sociétés civiles est devenue grande, la loi du 9 septembre 1919, entre autres, sur l'exploitaion d'une mine, en est la preuve.

246. Bien que la jurisprudence française, par opposition aux autres jurisprudences latines, *ait reconnu la personnalité juridique des sociétés civiles*, leur réglementation déterminée par le Code civil *est pleine d'inconvénients*. En effet, il est un peu exorbitant de considérer les sociétés civiles comme personnes juridiques, *alors que pour leur constitution il n'est nécessaire d'aucune formalité de publicité* qui permettrait aux tiers de prendre connaissance de leur existence. La loi financière du 13 juillet 1925, portant fixation du budget général de cette année, avec ses dispositions, n'a qu'une importance secondaire en cette matière.

C'est pour ces causes que depuis la rédaction du Code civil *on assiste à une sorte de commercialisation des sociétés civiles*, qui se manifeste dans la vie pratique par la diminution de l'étendue de leur domaine. On peut même aller plus loin en disant que déjà la loi du 1^{er} août 1893, pour n'en pas citer d'autres, donnant la possibilité de la constitution des sociétés civiles *sous la forme commerciale, a fait que le siège principal du droit commun sur lequel étaient basées les sociétés en général ne soit plus le Code civil*. Cette tendance de commercialisation n'a pas été si grande en Belgique et en Italie. En effet, en Belgique, bien que la constitution des sociétés civiles

sous la forme commerciale soit possible, leur nature reste toujours civile. En Italie, l'article 229 du Code commercial italien décide que : « les sociétés civiles pourront se constituer sous forme de sociétés par actions ; en ce cas elles seront régies par les dispositions du présent Code ; toutefois, les dispositions concernant la faillite et la compétence ne leur sont pas applicables ». De plus, *la législation italienne est particulièrement intéressante par le grand nombre d'opérations de nature civile qui sont soumises aux règles du droit commercial*. L'article 3 du Code commercial italien, qui contient les actes de commerce, commercialise aussi : « l'achat et la revente des biens immeubles, alors que ces opérations sont faites dans un but de spéculation commerciale ; les entreprises de bâtisses et de constructions ; les assurances terrestres, même mutuelles, contre les accidents et sur la vie ». En outre, l'article 54 du Code commercial italien ajoute que : « si un acte est commercial à l'égard d'une seule des parties, toutes les parties contractantes sont, par le fait même, soumises à la loi commerciale. » Cette disposition se trouve inscrite dans l'article 345 du Code commercial allemand et dans le Code commercial roumain qui s'est inspiré directement du Code commercial italien. Il convient de noter dans cet ordre d'idées, qu'en Allemagne, la réforme, par laquelle on a permis la constitution des sociétés civiles sous la forme de sociétés par actions, s'est produite par une loi du 11 juin 1870, c'est-à-dire *bien avant qu'une pareille innovation législative ait surgi en France*.

247. Nonobstant ces constatations qui se dégagent de l'ensemble de notre étude, il faut admettre qu'il existe

aujourd'hui un nombre assez important de sociétés civiles. On les trouve, en général, constituées surtout *entre les personnes qui ont à défendre des intérêts communs*, comme par exemple, entre les obligataires d'une entreprise financière ou industrielle et entre les abonnés d'une société concessionnaire d'un service public. En France, *le plus grand nombre de sociétés civiles s'est constitué au cours du XIX^e siècle*. Leur constitution peut s'expliquer historiquement par la nécessité d'un but lointain et indirect d'alimenter soit des congrégations reconnues, soit des œuvres d'enseignement privé. A leur formation a contribué, en outre, *la mauvaise réglementation législative concernant la propriété indivise*. C'est ainsi qu'on voit souvent que des indivisaires ou des héritiers, qui veulent échapper aux inconvénients de l'indivision et de son partage, constituent entre eux des sociétés civiles *ayant comme patrimoine social les biens indivis*. Ce qui détermine encore la formation de pareilles sociétés c'est — chose curieuse — le Code de commerce lui-même, *qui limite d'une façon assez étroite le domaine d'application des actes commerciaux* et ne s'occupe pas de toutes les opérations ayant le caractère de spéculation. Il faut également remarquer qu'il y a encore un certain nombre de sociétés civiles à forme commerciale dont la constitution est antérieure à la loi du 1^{er} août 1893 et qui, par conséquent, échappent aux dispositions de cette loi, restant des sociétés civiles. Dans les pays de législation latine, surtout en Belgique et en Roumanie, ainsi que nous l'avons constaté, les sociétés civiles sont plus nombreuses qu'en France. Quant aux pays de législation germanique, la tendance de commercialisation est plus grande et la diminution du domaine des sociétés civiles est plus sensible.

248. Après avoir constaté que, même en admettant la matière très pratique des sociétés civiles, leur domaine va sans cesse en diminuant, il convient de chercher les causes qui déterminent cet état de choses. Nous avons précisé plusieurs de ces causes, *notamment les associations, les sociétés commerciales et les différents groupements intéressés* qui se dressent en barrières autour du domaine des sociétés civiles en empêchant leur extension. Nous avons constaté spécialement qu'une de ces causes est dûe aux dispositions du Code civil, en matière de société. En effet, la réglementation de la société civile a été empruntée par les rédacteurs du Code civil aux anciens jurisconsultes qui les tenaient eux-mêmes des textes du droit romain ayant un caractère d'une portée plutôt théorique que pratique. Les dispositions réglant la société, une fois incluses dans le Code civil, *la jurisprudence française, par sa nature dynamique, s'est efforcée de les adapter aux nouvelles exigences d'une vie économique moderne. Mais, malheureusement, elle n'a pas pu y faire grand'chose car, même en leur reconnaissant la personnalité juridique, elles sont restées des sociétés plus ou moins occultes, dont l'existence, en général, n'est pas portée à la connaissance du monde et surtout des tiers qui entrent en relations d'affaires avec elles.* En outre, les dispositions concernant *l'administration, la liquidation et le partage des sociétés civiles sont incomplètes, donc insuffisantes et, spécialement, l'ensemble des règles concernant leur fonctionnement en général est compliqué et sans portée pratique. Aussi, les parties contractantes doivent avoir soin d'y suppléer par les clauses du statut social.* Cette réglementation des sociétés civiles est commune aux législations latines.

Néanmoins, il faut ajouter qu'en dehors de la jurisprudence française, toutes les autres refusent de personnifier les sociétés civiles, ce qui contribue forcément à la diminution de leur domaine.

La législation allemande, bien qu'elle nous offre un type spécial de société civile, par les dispositions du Code civil, *en admettant son caractère anonyme*, ce qui l'oppose à la nature de la société du droit romain et, par conséquent aussi, à celle des législations latines, — la soumet, quant à son fonctionnement, aux règles du principe de la *Gesammte Hand*, principe spécifique au droit allemand. En admettant ce principe en matière de sociétés civiles, *le fonctionnement de ces sociétés n'est pas parfait*. En effet, bien qu'il produise certains effets principaux voisins des effets de la personnalité juridique, *il ne forme pas une institution juridique, aussi commode et adaptable aux exigences pratiques que l'institution de la personnalité juridique*. Aussi, le nombre des sociétés civiles s'est sensiblement réduit. *La réglementation de l'indivision étant plus parfaite en droit allemand qu'en droit français, les indivisaires ne sont pas forcés de recourir à la constitution de sociétés pour sauvegarder leurs intérêts économiques*. D'autre part, les sociétés commerciales s'étendent de plus en plus sur le domaine des sociétés civiles. *Les mêmes observations ont valeur pour le droit autrichien et hongrois* qui sont inspirés par les principes directeurs du droit allemand; surtout le droit coutumier hongrois, par la fameuse institution de la copossession, fait diminuer sensiblement le domaine d'application de la société civile.

249. Nous avons dit plus haut qu'à la diminution du domaine d'application des sociétés civiles ont contribué les sociétés commerciales dont la réglementation parfaite est devenue, en quelque sorte, *la base du droit commun en matière de sociétés*. Mais cette tendance de commercialisation du droit civil *s'observe non seulement dans le domaine de la société civile*, mais encore en d'autres domaines du droit civil, et non seulement dans la législation française, mais aussi, plus fortement encore, *dans toutes les législations étrangères*.

Ainsi, par exemple, le Code civil allemand de 1900, en ce qui concerne les sociétés civiles, a emprunté au Code commercial allemand de 1861 de nombreuses dispositions¹. Aussi, en jetant un coup d'œil sur l'évolution du domaine des sociétés en général, on constate que, par suite des modifications législatives et jurisprudentielles, les sociétés civiles traitées à l'origine d'une manière différente que les sociétés commerciales *se sont rapprochées sensiblement de ces dernières* ou, pour changer de point de vue, *les sociétés civiles se sont commercialisées*. Cette commercialisation, nous l'avons dit, est plus grande dans les pays de législation germanique que dans ceux gouvernés par des législations latines.

En Suisse, on est allé plus loin. Ce pays, après avoir été régi par le système dualiste, possède, depuis 1883, un Code fédéral des obligations mis en harmonie avec le Code civil de 1907 et révisé en 1911. Le Code fédéral des obligations, en effet, ne contient qu'*une théorie unique des obligations* et est appliqué indistinctement *aux commerçants et aux non-commerçants*.

1. Lyon-Caen, *De l'influence du droit commercial sur le droit civil depuis 1804*, Livre du Centenaire du Code civil, p. 207.

D'autre part, *les législations anglaise et américaine* ne font aucune distinction entre *les commerçants* et *les non-commerçants*, par conséquent *elles ignorent une théorie des actes de commerce. L'explication de cette unité législative est historique.* La vie commerciale en Angleterre a eu toujours une importance capitale. Son hégémonie sur le commerce maritime, résultat des luttes contre la Hollande pendant la première moitié du xvii^e siècle, a fait que la nation anglaise, dans son ensemble, s'intéresse aux grandes entreprises commerciales. La même chose s'est passée en Amérique. Le nouveau continent, dans un temps relativement court, a su imposer ses forces dans *la vie économique et commerciale internationale.* Toutes ces circonstances, *vu l'universalité de la qualité de commerçants*, ont déterminé la formation d'une unité de droit qui gouverne et dirige les relations juridiques d'ordre privé entre les citoyens. Il en résulte donc, d'une façon précise, *que le droit commercial exerce une grande influence sur le droit civil en matière d'obligations.* Néanmoins, il y a des pays où on est arrivé à une partie de l'unité de droit. Ainsi, la tendance de généralisation du droit commercial est plus avancée en Allemagne qu'en France. Outre la commercialisation progressive des sociétés civiles commune *aux pays de législation allemande et latine*, le mouvement de commercialisation est devenu un fait accompli pour plusieurs institutions juridiques. En Allemagne, par exemple, *la lettre de change* « qui était primitivement un effet spécial aux commerçants (*Kaufmannspapier*), est devenue un effet d'ordre général (*allgemeines Kreditpapier*) ¹ ». En outre, il con-

1. Ch. Laurent, *De la fusion du droit civil et du droit commercial*, th., 1903 p. 62.

vient de noter le principe de la liberté des preuves et la généralisation de la faillite par la loi du 10 février 1877. L'institution juridique de la faillite, d'ailleurs, a été généralisée dans plusieurs pays ².

Ainsi, en Allemagne, la faillite étant généralisée, elle s'applique aussi en matière de sociétés civiles, ce qui constitue une différence importante par rapport au droit français. En effet, il ne faut pas oublier qu'en Allemagne « la faillite est dirigée moins contre la personne que contre les biens ; la règle qui en exonère les valeurs à venir démontre, entre plusieurs autres, que le droit allemand a envisagé ainsi l'institution ; si le concours atteignait le failli subjectivement, son patrimoine tout entier tomberait sous le séquestre. Il suffit, dès lors, pour que la faillite trouve son application, qu'on soit en face d'un ensemble de biens affectés à une destination commune, formant le gage d'un ensemble de créanciers : la matière de l'exécution existe, il n'en faut pas davantage. Qu'importe que cette mesure partageable repose ou non sur un être abstrait ? Qu'importe qu'elle constitue la propriété indivise de divers ayants-droit, possédant d'autres biens disponibles, en outre de ceux-là ? Aucun principe juridique ne s'oppose, en Allemagne du moins, à ce que ce

1. Les législations concernant l'institution de la faillite peuvent être divisées en trois catégories. Une première catégorie comprend les législations française, belge, italienne, roumaine et sud-américaine, qui ignorent une procédure collective de liquidation dans l'insolvabilité civile et admettent la faillite seulement en matière commerciale. Le deuxième groupe de législations est celui qui connaît deux procédures de liquidation collective : l'une civile, l'autre commerciale ; il comprend les législations espagnole, autrichienne, hongroise, danoise, norvégienne, suédoise et suisse. Enfin la troisième catégorie de législations qui a généralisé la faillite en matière civile et commerciale, comprend les législations anglaise, américaine, allemande et la législation des Pays-Bas (cons. R. Jan, *La faillite civile*, th., 1921 ; G. Trancou, *De l'extension de la faillite aux non-commerçants*, th., 1918 et le très intéressant ouvrage : *Des faillites en droit comparé*, 2 tomes, 1887, par Edmond Thaller.

corps de valeurs réuni en vue d'un but collectif ne se détache de celles restées aux mains des associés pour alimenter une faillite indépendante ¹. »

La loi française, *en ignorant une procédure collective de liquidation de l'insolvabilité civile*, la société civile, outre sa mauvaise réglementation, perd de son importance pratique.

« C'est fort regrettable : il faut patiemment attendre le jour où la loi, se rendant à l'évidence des faits, procédera à la généralisation qu'on lui demande d'opérer : ce jour-là, l'opportunité de la mise en faillite d'une société civile présentera un intérêt plus vif et pourra se formuler sous une question plus pressante ². »

250. Que faut-il penser de cette transformation du droit, tendant à l'unité de réglementation en matière d'obligations et contrats ? Doit-elle être vue avec un œil favorable et permettre son développement ? Ce sont des questions dont l'examen approfondi sort du cadre de notre conclusion sur les sociétés civiles en droit comparé.

Néanmoins, bornons-nous à dire que *l'unité du droit a existé à Rome. Cette unité ne fut brisée que pendant le moyen âge* et surtout dans les pays avoisinant la Méditerranée où *les commerçants, se trouvant en face de l'insuffisance du droit commun, dans leurs relations, se créèrent des règles spéciales qui, peu à peu, devinrent tellement nombreuses et importantes, que leur ensemble est forcément arrivé à constituer une nouvelle branche du droit privé, le droit commercial*. Par conséquent, le droit

1. E. Thaller, *op. cit.*, t. II, p. 317, n° 211.

2. E. Thaller, *op. cit.*, t. II, p. 308, n° 209.

privé, *parti de l'unité dans son évolution* s'est divisé en deux branches, et depuis quelque temps, ainsi que nous l'avons remarqué, s'achemine vers un nouvel état d'unité où l'axe ne sera plus formé par les dispositions du Code civil, mais par celles du droit commercial. En effet, *toutes les institutions du droit commercial qui se sont placées dans le cadre du droit civil formeront la base fondamentale du droit nouveau*, qui sera un droit régénéré par son évolution et remplacera cette dualité du droit privé actuel.

Cette transformation ou, pour mieux dire, cette fusion des deux branches du droit privé, *est désirable* parce que : « la réunion des deux législations simplifierait beaucoup la marche des procès. Elle contribuerait à décourager la chicane comme à alléger notre droit privé, qu'encombrent aujourd'hui des dispositions inutiles ou complexes ¹. » En outre, *cette fusion ferait disparaître ce classement arbitraire des matières en droit civil et commercial*, ce qui aurait pour conséquence pratique *la transformation complète de différentes institutions juridiques du droit civil, telles les sociétés qui languissent, et déterminerait l'intensification d'opérations de toutes sortes*. « La matière des obligations se dégageant, de plus en plus, du formalisme primitif et même des questions d'influence locale, tend à se présenter dans les législations modernes comme l'expression idéale de la logique juridique en harmonie avec le principe supérieur du respect le plus absolu de la liberté des conventions ². »

1. E. Thaller, *op. cit.*, t. I, n° 37, p. 161.

2. Saleilles, Communication d'une théorie générale des obligations d'après le projet du Code civil allemand, *Bulletin de législation comparée*, 1899, p. 166.

Cette fusion sera possible dans la mesure des matières qui sont « communes aux deux branches du droit privé, c'est-à-dire pour les contrats et pour les obligations, ainsi que pour la réglementation de la situation du débiteur embarrassé dans ses affaires et des droits de ses créanciers ¹ ».

L'un des jurisconsultes les plus autorisés, qui a démontré *tous les inconvénients du dualisme juridique*, a été l'éminent professeur italien Cesare Vivante. Il justifie cette tendance de fusion entre les deux branches du droit privé, s'exprimant ainsi : « Cette transformation du droit commercial en droit commun démontre que les lois inspirées pour protéger le crédit peuvent, selon l'esprit du législateur, s'étendre à toute la société civile, et cette conviction se justifie par la pensée que notre constitution sociale est profondément homogène, que les différentes classes de citoyens se rencontrent et s'entrecroisent dans tous les sens, étant toutes préoccupées de la lutte pour l'existence ². »

Néanmoins, il faut s'empresse de constater que Vivante, dans son exposé, *n'entend pas l'abolition complète du Code commercial*, ne voulant pas aboutir à une fusion absolue entre le droit civil et commercial. Au contraire, *le nouveau Code civil aura comme but d'établir les principes juridiques fondamentaux*, la matière des obligations qui se traduiront par des règles que le Code de commerce appliquera dans les relations intervenues entre les personnes dans la vie commerciale ³.

Par conséquent, *l'évolution se dirige vers un nouveau*

1. Lyon-Caen, *op. cit.*, p. 209.

2. Cesare Vivante, *Annales de droit commercial*, 1893, II, p. 8.

3. Voir Cosentini, *La réforme de la législation civile*, 1913, p. 181, n^{os} 357 à 359.

droit privé avec une base fondamentale vivifiée à côté duquel un Code commercial déterminerait les diverses manifestations de l'activité commerciale. Ce Code commercial serait soumis à une révision plus ou moins permanente par suite de la transformation de la vie sociale et économique, mais aurait toujours comme fondement le Code civil imbu des principes nouveaux.

En effet, ainsi que nous l'avons constaté dans l'introduction de notre étude, *s'il est vrai qu'aujourd'hui l'esprit d'association se manifeste dans la vie sociale sous la forme de différentes associations, syndicats, sociétés, qui tous sont des organismes corporatifs tendant à défendre, soit des intérêts particuliers, soit des intérêts d'ordre public, par opposition au siècle dernier, où l'individualisme touchait son apogée, toute cette transformation continue doit être observée par le législateur pour coordonner le fonctionnement de ces groupements de personnes et de capitaux, en tempérant leur égoïsme par des moyens techniques ; en un mot, de réglementer leur existence de telle manière qu'ils soient toujours en concorde avec l'équilibre qui doit régner entre les manifestations de l'individu et de la collectivité constituant la vie sociale.*

Le Projet franco-italien des obligations et contrats présente, à ce point de vue, *le fruit de l'évolution du droit civil, comprenant tout ce que la pensée juridique moderne considérerait comme nécessaire à la théorie générale des obligations et contrats.*

Vu : le Doyen,
H. BERTHÉLEMY.

Vu : Le président de la thèse,
René CASSIN.

Vu et permis d'imprimer :
Le Recteur,
CHARLÉTY.

RECUEILS DE JURISPRUDENCES. RÉPERTOIRES ET REVUES

Abréviations

Ann. dr. comm.....	Annales de droit commercial et industriel, français, étranger et international, fondées par E. Thaller, dirigées par J. Percerou. Annuaire de législation étrangère, publié par la Société de Législation comparée. Curierul Judiciar (hebdomadaire), Bucuresti.
D.	Dalloz, Jurisprudence générale, Recueil périodique et critique de jurisprudence, de législation et de doctrine. Felsöbiroságaink elvi határozatai (Les décisions de principe des Cours), Budapest.
G. P.	Gazette du Palais, Recueil périodique mensuel. Grill-féle Döntvénytar (Collection systématique de décisions), Budapest.
J. S.	Journal du droit international privé et de la jurisprudence comparé, fondé par E. Clunet.
J. T. C.	Journal des sociétés civiles et commerciales, Revue pratique de jurisprudence, de doctrine et de législation, publiée par C. Houpin et H. Bosvieux.
J. W.....	Journal des tribunaux de commerce, publié sous la direction de R. Dufraisse.
J. W.....	Juristische Wochenschrift, édité par le Deutscher Anwaltenverein, Berlin.
L. Z.	Leipziger Zeitschrift für Handels-Konkurs und Versicherungsrecht et à partir de 1914 Leipziger Zeitschrift für deutsches Recht, Munich.
P. Fr.	Pandectes Françaises, Nouveau répertoire de doctrine, de législation et de jurisprudence.
Pass.	Pasinomie, Collection complète des lois, arrêtés et règlements généraux qui peuvent être invoqués en Belgique, Bruxelles.
Pass.	Pasicrisie Belge, Recueil Général de la jurisprudence des Cours et Tribunaux, Bruxelles.
R. G.	Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen, par les membres de la Cour de cassation et du Barreau, Berlin-Leipzig.
R. S.	Revue des Sociétés, Jurisprudence, doctrine, législation française et étrangère sur les sociétés, fondée en 1883 par A. Vavasseur.
S.	Sirey, Recueil général des lois et arrêts, fondé par J. B. Sirey.
Warn	Die Rechtsprechung des Reichsgerichts auf dem Gebiete des Zivilrechts.

INDEX BIBLIOGRAPHIQUE DES PRINCIPAUX OUVRAGES

- Accarias (C.).** — *Précis de droit romain*, 2 vol. 4^e édit. 1886, t. I — 1891, t. II.
- Aubry et Rau.** — *Cours de droit civil français*, 5^e édit. 8 vol. (revu et mis au courant par E. Bartin), 1920.
- Baudry-Lacantinerie et Wahl.** — *De la société, du dépôt et du prêt*, 3^e édit. 1 vol., 1907.
- Beaumanoir.** — *Les Coutumes du Beauvaisis*, XXI. édit. Beugnot.
- Bekker.** — *Zur Lehre von Rechtssubject in Jahrbucher für die Dogmatik*, 1875.
- Berthélemy (H.).** — *Traité de droit administratif*, 1 vol. 1926.
- Boisdon (D.).** — *Contribution à l'étude du droit d'association*, th. 1908 Paris.
- Bolaffio L. et C. Vivante.** — *Il codice di commercio commentato* 5^e édit. 1923, Torino.
- Bourcart.** — *De l'intuitus personae dans les sociétés.* (*Journ. des Soc.*, 1927, pp. 513 et suiv.)
- Bourjon.** — *Le droit commun de la France*, 1747.
- Brinz.** — *Lehrbuch der Pandekten*, 7 vol. 1873-92 .
- Brissaud.** — *Manuel d'histoire du droit privé*, 1908.
- Bulsson (A.).** — *Les groupements d'obligataires Etude juridique, économique et législative*, 1930. Paris.
- Cahen (G.).** — *Etude sur le droit d'association en Allemagne*, 1 vol. 1899.
- Camerlinck.** — *De l'intuitus personae dans les sociétés anonymes.* th. 1929, Paris.
- Cantacuzino.** — *Elementele dreptului civil român*, Bucuresti, 1921,
- Capitant (H.).** — *Introduction à l'étude du droit civil*, 5^e édit. 1929,
— *De la cause des obligations*, 1927, Paris.
— *Cours de doctorat sur l'indivision*, 1927-28, Paris.
- Chapellier.** — *Discours sur le droit d'association et de réunion* in *Moniteur Universel*, 1791, n° 166-275.

- Chironi (G.-P.) et Abello (L.).** — *trattato di diritto civile italiano*, 1904, Torino.
- Clément (R.).** — *Les assurances mutuelles*, 1 vol. 1889.
Code civil allemand, traduit et annoté 1906.
- Colin (A.) et Capitant (H.).** — *Cours élémentaire de droit civil français*, 3 vol. 5 édit. 1927. Paris.
- Colin (M.).** — *Des mesures à prendre pour défendre l'épargne dans les sociétés par actions*, 1911.
- Cosentini.** — *La réforme de la législation civile*, 1913.
- Cottet.** — *De la nullité des sociétés entre époux*, th. 1920, Lyon.
- Cuq.** — *Institutions juridiques des Romains*, 2 vol. 1928.
- Demogue.** — *Traité des obligations*, 1924.
- Desiry.** — *Droit civil et sociétés commerciales*, th. 1925. Paris.
- Domat.** — *Les lois civiles*, 1 vol. 1745.
- Duguit.** — *Traité de droit constitutionnel*, 5 vol. 1925.
- Duquesnoy.** — *De la dissolution de la société pour justes motifs*, th. 1926, Lille.
- Esmein.** — *Eléments de droit constitutionnel*, 1914.
— *Études sur les contrats dans le très ancien droit français*, 1883.
- Ferrière.** — *Dictionnaire du Droit*, 2 vol. 1762.
- Frederiq (L.).** — *Manuel de droit commercial*, 2 vol. 1928-1930.
- Gain (R.).** — *Étude sur l'évolution des sociétés en France*, th. 1924. Paris.
— *Les sociétés à responsabilité limitée*, 1925, Paris.
- Gammino (S.).** — *Il controllo dell'autorità giudiziaria sulla costituzione delle società per azioni*, 1928, Torino.
- Gasca.** — *Associazioni commerciali et civili*, 1913, Torino.
- Gény (Fr.).** — *Science et technique en droit privé positif*, 1914-1924, 4 vol.
- Gide (Ch.).** — *Les sociétés coopératives de consommation*, 1 vol. 1904.
- Gill féle Döntvénytér.** 11 vol. à partir de 1904, Budapest.
- Giorgio Giorgi.** — *Theoria delle obbligazioni nel diritto moderno Italiano*, 1907, Firenze.
- Girard (P.-F.).** — *Manuel élémentaire de droit romain*, 1 vol. 1930.
— *Textes de droit romain*, 1 vol. 3^e édit. 1903.
- Glotin.** — *Étude historique, juridique et économique sur les syndicats professionnels*, 1 vol. 1892.
- Hamel.** — *Affectio societatis*, in *Rev. trim.* 1925, pp. 741 et suiv.
- Hémar.** — *Théorie et pratique des nullités de sociétés et des sociétés de fait*, 1926, Paris.
- Hauriou (M.).** — *Principes de droit public*, 1 vol. 1916.
— *Précis de droit administratif*, 1 vol. 1921.
— *De la personnalité comme élément de la réalité sociale.* (*Rev. gén. du droit*, 1898.)

- Hayem.** — *Domaine respectif de l'association et de la société*, th. 1907, Paris.
- *Etude historique et critique de la législation et de la jurisprudence concernant les sociétés civiles*, 1911, Paris.
- Houpin (C) et Bosvieux.** — *Traité général théorique et pratique des sociétés*, 3 vol. 1929. Paris.
- Ihering (R. von).** — *L'évolution du Droit*, trad. Meulenaere, 1901.
- Ionascu (A.).** — *De la copropriété d'un bien*, th. 1930, Paris.
- Ionescu (O.).** — *La notion de droit subjectif dans le droit privé*, th. 1931. Paris.
- Isambert.** — *Anciennes Lois*, t. XVI.
- Jan (R.).** — *La faillite civile*, th. 1921, Paris.
- Josserand.** — *Cours de droit civil positif français*, 1930.
- Klupathy (A.).** — *A magyar kereskedelmi jog kézikönyve*, 1906, Budapest.
- Laurent.** — *Principes de droit civil*, t. XXVI, 1893.
- Laurent (Ch.).** — *De la fusion du droit civil et du droit commercial*, th. 1903, Paris.
- Le Brun.** — *Traité des communautés ou sociétés laisibles*.
- Lefebvre.** — *Cours de doctorat sur l'histoire du droit matrimonial français*, 1908, Paris.
- Le Hénaff (A.).** — *Le droit et les forces (étude sociologique)*.
- Lévy-Ullmann.** — *Essai sur les fondations*, in *Rev. trim.*, 1904.
- *Vers le Droit mondial du XX^e siècle*, 1923.
- *De l'utilité des études comparatives*, Québec, 1923.
- *Les obligations au commencement du xx^e siècle*. (Cours de doctorat, 1927-1928, Paris.
- Loysel.** — *Institutes coutumières*, L. III.
- Lyon-Caen.** — *De l'influence du droit commercial sur le droit civil depuis 1804*. Livre de Centenaire du Code civil, pp. 207 et suiv.
- Lyon-Caen et Renault.** — *Traité de droit commercial*, 8 vol. 1900.
- Manara (U.).** — *Sulla riforma del diritto delle società*, Roma, 1912.
- *Della società delle associazioni commerciali*, 1904, Turin.
- Magyarország magánjogi törvénykönyve.** *A.M. Kir. Igazságügy-miniszter által 1928 márczius 1 én az Országgyűlés elé terjesztett törvény javaslat*, Budapest, 1928 (Projet du Code civil Hongrois).
- Markus (D.).** — *Felsőbírásgaink elvi határozatai*, 12 vol. à partir de 1894, Budapest (Les décisions de principe des Cours.)
- Masse (L.).** — *Du caractère juridique de la communauté entre époux dans ses précédents historiques*, th. 1902, Paris.
- Mazeaud (H.).** — *Le vote privilégié dans les sociétés de capitaux*, 2 édit. 1929, Paris.

- Meynial.** — Cours de doctorat d'histoire du droit privé, 1928-1929, Paris.
- Le caractère juridique de la communauté, in *Rev. trim.*, 1903.
- Michoud.** — *La théorie de la personnalité morale et son application au droit français*, 2 vol. 1906, 1909, Paris.
- De la responsabilité de l'Etat à raison des fautes de ses agents. (*Rev. dr. publ.*, 1895.)
- Nagy (F.).** — *A magyar kereskedelmijog kézikönyve*, 2 vol. 1909, Budapest.
- Navarrini.** — Sulla personalità giuridica della società commerciale, in *Rivista Italiana per la scienze giuridiche*, 1901.
- Niboyet (J.-P.).** — *Le régime des sociétés en Alsace-et-Lorraine au point de vue du droit international privé*, 1923, Paris.
- Nouel (R.).** — *Les sociétés par actions, la réforme*, 1911.
- Nyssens et Corblau.** — *Traité des sociétés commerciales*, 1895, t. I (seul paru).
- Pacifici-Mazzoni.** — *Istituzioni di diritto civile italiano*, 1872, Firenze.
- Planck.** — *Bürgerliches Gesetzbuch nebst Einführungsgesetz*, Berlin, 1908.
- Planhol et Ripert.** — *Traité élémentaire de droit civil*, 3 vol. 1925-1927, Paris.
- *Traité pratique de droit civil*, t. VI. Les obligations (avec le concours de M. Esmein), 1930, Paris.
- Pic (P.).** — Du contrat d'association et du contrat de société, leur différenciation juridique. (*Rev. trim.* 1905.)
- Pont (P.).** — *Traité-Commentaire des sociétés civiles et commerciales*, 2 vol. 1884.
- Pothier.** — *Sociétés, œuvres complètes*, édit. Bugnet, 10 vol. t. IV, 1874.
- Richier.** — *Régime des sociétés nulles à raison de leur objet ou du consentement des parties*, th. 1910, Paris.
- Ripert.** — *La règle morale dans les obligations civiles*, 1925, Paris.
- Prêt avec participation aux bénéfices et sociétés en participation, in *Annales de dr. comm.*, pp. 53 et suiv. 1905.
- Rodino.** — *Il contratto di società sul diritto civile italiano*, 1903, Torino.
- Ruggiero (R. de).** — Il progetto del Codice delle obbligazioni e dei contratti dinanzi alla critica, in *Studi in onore di Alfredo Ascoli*, 1931, Messina.
- Saleilles (R.).** — *De la personnalité juridique, histoire et théorie*, 1910, Paris.

- Etudes sur l'histoire des sociétés en commandite, in *Annales de dr. comm.*, 1895.
 - La théorie des personnes juridiques dans le Code civil allemand, in *Rev. de dr. publ.*, t. XV, p. 193 et t. XVI, p. 212.
 - *Etude sur la théorie générale de l'obligation d'après le premier projet de Code civil pour l'Empire allemand*, 1914.
 - Semo** (G. de). — Sulla personalità giuridica delle società commerciali, con riguardo alla teoria della interpretazione autentica, in *Studi in onore di Alfredo Ascoli*, 1931, Messina.
 - Staudinger**. — *Kommentar zum bürgerlichen Gesetzbuch und dem Einführungsgesetze*, Munich, Berlin, Leipzig, 1926.
 - Thaller** (E.). — *Traité élémentaire de droit commercial* (revu et mis à jour par J. Percerou), 8^e édit. 1931.
 - *Des faillites en droit comparé*, 2 vol. 1887.
 - Troplong**. — *Du contrat de société civ. et comm.*, 2 vol. 1843.
 - Van den Heuvel**. — *De la situation légale des associations sans but lucratif en France et en Belgique*, Bruxelles et Paris, 1 vol. 1884.
 - Vavasseur** (A.). — *Sociétés, syndicats, associations devant la justice*, 2 vol. 1900. Paris.
 - Venzi Giulio**. — *Manuale di diritto civile italiano*, 1928, Forino.
 - Verdelot** (P.). — *Du bien de famille en Allemagne et de la possibilité de son institution en France*, th. 1899, Paris.
 - Vivante** (C.). — *Trattato di diritto commerciali*, 1912, Milano.
 - *L'unità del diritto privato*, 1893, Torino.
 - Wahl** (A.). — *Précis théorique et pratique de droit commercial*, 1922.
-

TABLE ANALYTIQUE DES MATIÈRES

INTRODUCTION. — Aperçu général sur la conception juridique et les théories de la personnalité des groupements de personnes....	9
--	---

<i>Section I. — La conception juridique des groupements de personnes..</i>	9
--	---

§ 1. Les caractères et l'utilité des groupements de personnes....	9
---	---

1. L'esprit d'association. — 2. Les avantages de cette faculté.
— 3. Le but à réaliser et ses différentes espèces.

§ 2. La naissance de la personnalité des groupements de personnes et ses principales conséquences.....	12
--	----

4. L'organisation des groupements de personnes. — 5. Leur personification. — 6. Conséquences générales qui en découlent. — 7. Observations critiques.

§ 3. La division des groupements de personnes.....	16
--	----

8. Les diverses sortes de personnes morales de droit public. —
9. Les diverses personnes morales de droit privé. — 10. Observations finales.

<i>Section II. — La théorie classique de la personnalité juridique....</i>	18
--	----

§ 1. La nature des personnes morales.....	18
---	----

11. Généralités. — 12. Thèse de la fiction pure. — 13. Théorie de la représentation de la personne.

§ 2. Observations critiques.....	21
----------------------------------	----

14. Aperçu général sur le rôle de l'Etat et quelques observations critiques. — 15. Evolution historique.

<i>Section III. — La théorie de la négation de la personnalité juridique et ses différents systèmes.....</i>	24
--	----

§ 1. Aperçu général et les principales thèses de la théorie de la négation de la personnalité juridique.....	24
--	----

16. Généralités. — 17. Les personnes morales ne sont qu'une modalité de la propriété. — 18. Les personnes morales sont

des patrimoines d'affectation. — 19. L'extension aux tiers de la charte gouvernant la propriété collective.	
§ 2. Observations critiques.....	29
20. Aperçu général et critique.	
<i>Section IV. — La théorie de la réalité de la personnalité juridique et ses principaux systèmes.....</i>	32
§ 1. Principes généraux et différents systèmes.....	32
21. Généralités. — 22. Système de la volonté collective. — 23. Système de M. Capitant. — 24. Système organique ou sociologique. — 25. Suite. — 26. Comparaison entre la théorie de la fiction et celle de la réalité de la personnalité juridique.	
§ 2. La personnalité morale, procédé de technique juridique....	36
27. La thèse de M. Gény.	
<i>Section V. — Conclusion générale.....</i>	38
28. Généralités. — 29. Faculté de droit et capacité d'activité comme attributs de la personnalité. — 30. Leur application aux groupements de personnes,	

PREMIERE PARTIE

Le domaine de la société civile en Droit comparé

TITRE PREMIER

***Caractères généraux de la société civile
et des autres institutions juridiques voisines***

Chapitre premier. — Les associations et les sociétés.....	43
<i>Section I. — Critérium de la distinction des associations et des sociétés</i>	43
§ 1. Association et Société.....	43
31. Généralités. — 32. Les art. 1 ^{er} de la loi du 1 ^{er} juillet 1901 et 1832 du C. civ. — 33. L'état actuel de la jurisprudence concernant le critérium de la distinction.	
§ 2. La tendance jurisprudentielle concernant l'assimilation des différents groupements intéressés aux véritables sociétés	46
34. Aperçu général. — 35. Les sociétés d'assurance mutuelle et l'attitude de la jurisprudence française et belge. — 36. Assi-	

milation des sociétés de chasse, de course et des cercles aux véritables sociétés. — 37. La situation jurisprudentielle des sociétés coopératives de consommation et crédit. — 37bis. Les associations syndicales et leurs caractères. — 38. La situation spéciale des associations en participation. — 39. Observations finales.

Section II. — Intérêts pratiques de la distinction des associations et des sociétés 52

40. Aperçu général. — 41. Le but lucratif des sociétés par opposition aux associations. — 42. Distinction au point de vue de la capacité de la personnalité juridique. — 43. Différences de forme de constitution des associations et des sociétés. — 44. Quelques observations critiques.

Chapitre II. — Diverses espèces de sociétés 56

Section I. — Sociétés civiles et sociétés commerciales 56

§ 1. Le critérium de la distinction des sociétés civiles et des sociétés commerciales 56

45. Généralités et diverses espèces de sociétés. — 46. Le critérium *formel* et *objectif*. — 47. Etat jurisprudentiel. — 48. La loi du 1^{er} août 1893 et ses antécédents et la loi du 7 mars 1925. — 49. La portée exacte de la loi du 1^{er} août 1893. — 50. Le système belge. — 50bis. Suite.

§ 2. Intérêts pratiques de la distinction des sociétés civiles et des sociétés commerciales 66

51. Aperçu général. — 52. Déconfiture, faillite et liquidation judiciaire des sociétés. — 53. La preuve des registres des sociétés. — 54. La compétence en matière de société. — 55. La responsabilité personnelle des associés. — 56. Conclusion.

Section II. — Sociétés de personnes et sociétés de capitaux 70

§ 1. Les sociétés de personnes 70

57. Généralités. — 58. L'*intuitus personae*. — 59. Conséquences générales. — 60. Caractères de la société en nom collectif. — 61. Sa réglementation en droit comparé. — 62. Les traits principaux de la société en commandite simple. — 63. Ses caractères en droit comparé. — 63bis. L'association en participation et la société tacite du droit allemand.

§ 2. Les sociétés de capitaux 78

64. L'élément *intuitus pecuniae*. — 65. Caractères et conséquences. — 66. Sociétés civiles de capitaux. — 67. La société en commandite par actions. — 68. La société anonyme. — 69. Les sociétés par actions en droit allemand, autrichien et

hongrois. — 70. Types spéciaux de sociétés. — 71. Différentes espèces de sociétés en droit comparé.	
§ 3. La société à responsabilité limitée.....	87
72. Généralités. — 73. Caractères. — 74. Nécessité d'une meilleure réglementation des sociétés de capitaux.	
<i>Section III. — Sociétés universelles et sociétés particulières.....</i>	89
§ 1. Sociétés universelles.....	89
75. Généralités sur les sociétés universelles. — 76. Leur classification en sociétés universelles de tous biens présents et sociétés universelles de gains.	
§ 2. Sociétés particulières.....	91
77. Règles générales et définition de la société particulière.	
Chapitre III. — Les rapports et les différences entre la société et les institutions juridiques avoisinantes.....	93
<i>Section I. — Les conventions avoisinant la société.....</i>	93
78. Aperçu général. — 79. Le louage. — 80. Le prêt. — 81. Le bail. — 82. La vente et le contrat d'édition. — 83. Le mandat. — 84. Le métayage. — 85. Observations sur le critérium de la distinction.	
<i>Section II. — La société et l'indivision.....</i>	101
§ 1. Rapports et différences entre la société et l'indivision.....	101
86. Généralités en droit comparé. — 87. Caractères de l'indivision. — 88. Sa réglementation en droit comparé.	
§ 2. La société d'indivision.....	106
89. Généralités. — 90. Les caractères de cette société. — 91. Critérium de distinction.	
§ 3. La copossession (copropriété <i>sui generis</i>) du droit hongrois.....	109
92. La copropriété ordinaire et ses caractères. — 93. La copossession et ses origines. — 94. L'organisation et caractères de la copossession. — 95. Parallèle entre la société d'indivision et la copossession.	
§ 4. La communauté conjugale.....	115
96. Aperçu général sur la nature et l'origine de la communauté conjugale. — 97. Ses rapports et ses différences avec la société.	

TABLE ANALYTIQUE DES MATIÈRES

<i>Section III. — Différences principales de fonctionnement entre la société et autres institutions juridiques et les intérêts pratiques de cette distinction</i>	118
§ 1. Généralités sur le fonctionnement de la société et des institutions juridiques voisines.....	118
98. Généralités. — 99. Différences entre la société et l'indivision résultant de leur administration et leur fonctionnement. — 100. Le fonctionnement de la communauté conjugale par opposition à la société.	
§ 2. Intérêts pratiques de la distinction entre la société et autres institutions juridiques.....	124
101. Règles spéciales et propres aux sociétés. — 102. Quelques observations critiques.	
<i>Section IV. — La personnalité juridique des sociétés dans le droit positif et l'attitude de la jurisprudence à cet égard.....</i>	126
§ 1. La personnalité juridique des sociétés dans la doctrine classique	126
103. Observations générales. — 104. Réfutation de la notion de personnalité juridique des sociétés civiles. — 105. Arguments pour leur personnification. — 106. L'art. 529 du C. civ. et la question de la personnalité morale. — 107. L'art. 69 alinéa 6 du C. pr. civ. personnifiant les sociétés commerciales et quelques observations.	
§ 2. L'évolution de la jurisprudence française concernant la personnalité juridique des sociétés et l'attitude de la jurisprudence étrangère à cet égard.....	133
108. Généralités et la personnalité juridique des sociétés commerciales. — 109. Etapes de la jurisprudence française à l'égard de la personnification des sociétés civiles. — 110. Observations générales en droit comparé. — 111. La doctrine et la jurisprudence belge sur la personnalité juridique des sociétés. — 112. La doctrine et la jurisprudence italienne à cet égard. — 113. L'attitude de la doctrine et de la jurisprudence roumaine concernant la personnification des sociétés. — 113bis. Quelques observations critiques en droit comparé.	
§ 3. Les conséquences et les intérêts pratiques découlant de la personnalité juridique des sociétés.....	142
114. Le patrimoine de la société personne morale. — 115. Le caractère du droit des associés dans la société. — 116. Autres conséquences.	
<i>Section V. — Le principe de la Gesamte Hand dans le droit allemand</i>	146
§ 1. L'origine et les caractères de la <i>Gesamte Hand</i>	146
117. Généralités sur la <i>Gesamte Hand</i> . — 118. Son fonctionnement et sa dissolution.	

- § 2. Rapports et différences entre la *Gesammte Hand*, la personnalité juridique et l'indivision..... 149
119. La *Gesammte Hand* et la personnalité juridique. Rapports et différences. — 120. L'indivision par opposition à la *Gesammte Hand*.

TITRE DEUXIEME

Développement historique

- Chapitre premier. — La conception juridique de la société en droit romain** 153

- Section I. — L'origine et les caractères essentiels de la société en droit romain* 153

- § 1. La notion et l'origine de la société..... 153
121. Généralités sur la société. — 122. Les systèmes expliquant l'origine de la société.
- § 2. Les caractères essentiels et la classification des sociétés.... 157
123. Les conditions d'existence de la société. — 124. La détermination des parts dans les bénéfices et dans les pertes. — 125. Les différentes sortes de sociétés et leurs traits caractéristiques.

- Section II. — Le fonctionnement de la société en droit romain*..... 162

- § 1. La personnalité juridique et l'administration de la société en droit romain..... 162
126. Les trois systèmes sur la personnification des sociétés. — 127. Les relations des associés entre eux et avec les tiers.
- § 2. La dissolution de la société et l'*actio pro socio* 165
128. Les différents modes de dissolution de la société. — 129. Les caractères de l'*actio pro socio*.

- Chapitre II. — La société civile dans l'ancien droit français**..... 169

- Section I. — Généralités sur les associations et les sociétés sous le régime de l'ancien droit*..... 169

- § 1. Le régime du droit des obligations dans le très ancien droit..... 169
130. Le droit des obligations en droit romain. — 131. La transformation du droit des obligations au Bas-Empire à la suite des Invasions. — 132. L'influence du droit canonique et le droit des obligations jusqu'au xvi^e siècle.

§ 2. Caractères des associations et des sociétés dans le dernier état de l'ancien droit.....	173
133. La notion et les caractères généraux des associations. — 134. Les sociétés <i>tacites</i> et leurs caractères. — 135. Les caractères essentiels des véritables sociétés et quelques observations critiques.	
<i>Section II. — La division des sociétés et la personnalité juridique dans l'ancien droit.....</i>	178
§ 1. La ligne de démarcation entre les sociétés civiles et commerciales	178
136. Les principaux caractères des sociétés civiles par opposition aux sociétés commerciales.	
§ 2. La personnalité juridique dans l'ancien droit.....	181
137. La reconnaissance de la personnalité juridique aux associations. — 138. La situation des sociétés à cet égard.	
<i>Section III. — La période de formation du concept actuel de l'association et de la société.....</i>	184
§ 1. Les traits caractéristiques des associations et leur évolution	184
139. L'attitude de la Révolution à l'égard des associations. — 140. Les associations à but idéal. — 141. Les associations à but économique et professionnel.	
§ 2. Les caractères de la société avant le Code civil.....	186
142. L'œuvre de la Révolution concernant les sociétés commerciales. — 143. Son attitude envers les sociétés civiles.	

DEUXIEME PARTIE

La réglementation législative et jurisprudentielle de la société civile en Droit français et en Droit comparé

TITRE PREMIER

La société civile dans le Droit français

Chapitre premier. — La société et ses caractères généraux	193
<i>Section I. — La nature du contrat de société et ses éléments essentiels</i>	193
§ 1. La nature du contrat de société.....	193
144. Les conditions essentielles de la société. — 145. Capacité. — 145bis. Société entre époux. — 146. Consentement. — 147. Objet et cause. — 148. Nullité des sociétés illicites.	

§ 2. Les éléments essentiels de la société.....	200
149. L'obligation d'apporter. — 150. La réalisation de bénéfices. — 151. Le partage des bénéfices. — 152. Participation aux bénéfices et pertes. — 153. <i>L'affectio societatis</i> .	
<i>Section II. — Les apports des associés.....</i>	205
§ 1. Des différents apports.....	205
154. Apports résultant des art. 1833, 1841 et 1851 du C. civ. — 155. Obligations et conséquences résultant de la réalisation des apports et concernant les associés et la société. — 156. Autres apports et leurs règles.	
§ 2. Du fonds social.....	208
157. Le fonds social. Possibilité de sa division en actions. Conséquences.	
<i>Section III. — La forme et la preuve du contrat de société.....</i>	210
§ 1. La forme de la constitution des sociétés civiles.....	210
150. Règles générales concernant la forme des sociétés.	
§ 2. La preuve du contrat de société.....	212
159. Règles du droit commun en matière de preuve de société civile.	
Chapitre II. — Des sociétés universelles et de la société particulière...	213
<i>Section I. — Les sociétés universelles.....</i>	213
§ 1. La société universelle de tous biens présents.....	213
160. Caractères généraux. — 161. Société universelle de tous biens présents.	
§ 2. La société universelle de gains.....	215
162. Définition et caractères.	
<i>Section II. — De la société particulière.....</i>	216
Caractères généraux	216
163. Définition et caractères. — 164. Durée de la société.	
Chapitre III. — Engagements des associés entre eux et à l'égard des tiers	218
<i>Section I. — Des obligations réciproques des associés et de la société..</i>	218
§ 1. Des obligations des associés envers la société.....	218
165. Obligation d'apporter. Prélèvements dans la caisse sociale. — 166. Répartition des dommages. — 167. Imputation des créances.	

§ 2. Des obligations de la société envers les associés.....	223
168. Remboursement des créances et restitution des apports.	
§ 3. Des droits des associés.....	224
169. Aperçu général sur divers droits. — 170. La cession des droits des associés.	
<i>Section II. — Des engagements des associés à l'égard des tiers.....</i>	228
...Des différents engagements.....	228
171. Principes généraux. — 172. Engagements des associés non gérants et engagements sociaux par les administrateurs. — 173. Engagements dans les sociétés de personnes et de capitaux. 174. Droits des créanciers personnels et sociaux.	
<i>Section III. — De l'administration de la société</i>	232
§ 1. Nomination et pouvoirs des administrateurs.....	232
175. Nomination et causes de révocation des administrateurs. — 176. L'étendue de leurs pouvoirs. Distinction entre eux. — 177. La pluralité d'administrateurs.	
§ 2. Administration dans le silence des statuts.....	235
178. Règles posées par le Code civil.	
<i>Section IV. — Du partage des bénéfices et des pertes.....</i>	237
§ 1. Répartition des bénéfices et participation aux pertes.....	237
179. Règles établies par le Code civil. — 180. Partage fait par un tiers.	
§ 2. La société léonine.....	239
181. L'art. 1855 du C. civ. — 182. Continuation.	
Chapitre IV. — De la dissolution de la société et de ses conséquences...	242
<i>Section I. — Causes de dissolution.....</i>	242
183. Généralités. — 184. L'expiration du temps. — 185. L'extinction de la chose. — 186. La mort d'un associé. — 187. Continuation de la société entre les survivants ou avec les héritiers. — 188. L'interdiction, la déconfiture et la faillite. — 189. Demande de dissolution. — 190. La non-réalisation de l'apport et les motifs légitimes.	
<i>Section II. — Conséquences de la dissolution.....</i>	253

§ 1. La liquidation de la société.....	253
191. Survie de la personnalité juridique. — 192. Conséquences. — 193. Nomination des liquidateurs et leurs pouvoirs. — 194. Continuation.	
§ 2. Du partage.....	258
195. Règles à suivre. — 196. Continuation.	
Chapitre V. — Les innovations apportées par le Projet du Code franco-italien des obligations et contrats dans la réglementation du contrat de société.....	262
197. Le Projet du Code franco-italien des obligations et contrats. — 198. Définition et caractères de la société. — 199. La personnalité juridique. — 200. L'art. 540 du Pr. fr. it. — 201. La société léonine. — 202. L'administration de la société. — 203. L'art. 560 du Pr. fr. it. — 204. Innovations en matière de liquidation et de partage. — 205. Conclusion.	

TITRE DEUXIEME

La réglementation de la société civile dans le droit allemand.

Chapitre premier. — Généralités.....	271
<i>Section I. — La société à la veille de la rédaction du Code civil allemand</i>	<i>271</i>
206. Aperçu général sur la société en droit allemand. — 207. La société dans le premier projet du Code civil. — 208. Les conclusions de la deuxième Commission chargée de l'élaboration du Code civil. — 209. Conclusion.	
<i>Section II. — Caractères généraux de la société dans le Code civil allemand</i>	<i>274</i>
§ 1. Les caractères de la société.....	274
210. Définition de la société. — 211. Le but commun et la réciprocité des obligations des associés. — 212. La société et les autres conventions voisines. — 213. Suite et conclusion.	
§ 2. Association. — Genossenschaft, Verein — et Société — Gesellschaft	278
214. Généralités. — 215. Différences entre la société et l'association.	

Chapitre II. — Les droits et les obligations réciproques des associés et leurs engagements à l'égard des tiers.....

281

Section I. — Les droits et les obligations des associés.....

281

§ 1. Obligations des associés.....

281

216. La prestation des apports. — 217. Les modes de prestation. — 218. L'augmentation des apports.

§ 2. Droits des associés.....

284

219. Le droit de gestion de la société. — 220. Les modes de gérer les affaires sociales. — 221. Droits et obligations des gérants. — 222. La responsabilité des associés. — 223. Suite.

§ 3. Le droit de représenter et de gérer la société.....

288

224. Distinction entre le droit de représentation et gestion des affaires sociales. — 225. Les dispositions de l'art. 717 du C. civ. allemand.

Section III. — Du patrimoine social.....

290

§ 1. De la constitution du patrimoine social.....

290

226. Le patrimoine social constituant la propriété en main commune — *Gesammte Hand.* — 227. La composition du patrimoine social. — 228. Conséquences résultant de la constitution du patrimoine commun.

§ 2. Du partage des bénéfices et des pertes.....

292

229. Règles fixées par le Code civil allemand. — 230. Possibilité de stipulations spéciales en cette matière.

Chapitre III. — De la dissolution de la société et ses conséquences.....

294

Section I. — Les causes de dissolution.....

294

231. Les articles 723 et 726 du C. civ. allemand. — 231bis. Continuation. — 232. Dissolution par la mort d'un associé. — 233. Autres causes de dissolution.

Section II. — La liquidation de la société.....

298

234. Généralités. — 235. Règles de la liquidation.

Chapitre IV. — Généralités sur la réglementation de la société civile en droit autrichien et hongrois.....

300

Section I. — La société civile en droit autrichien.....

300

236. Définition et caractères généraux. — 237. L'adminis-

tration de la société. — 238. Les engagements des associés entre eux et à l'égard des tiers. — 239. La dissolution de la société et sa liquidation.

Section II. — La société civile dans le droit coutumier hongrois. . . . 304

240. Généralités sur le droit coutumier hongrois. — 241. Caractères de la société de droit commun et sa définition donnée par le Projet du Code civil hongrois de 1928 — 242. Les relations juridiques entre les associés et à l'égard des tiers. — 243. La dissolution de la société et sa liquidation. — 244. Conclusion sur le droit autrichien et hongrois concernant la société . 311

CONCLUSION. — 245. La nature et le domaine des sociétés civiles dans l'ancien droit. Les causes qui ont déterminé, depuis la rédaction du Code civil, la crise des sociétés civiles. — 246. La tendance de commercialisation des sociétés civiles et leur réglementation législative et jurisprudentielle en droit comparé. — 247. L'état actuel des sociétés civiles. — 248. Les institutions juridiques qui empêchent l'extension du domaine d'application des sociétés civiles. — 249. La tendance de commercialisation du droit civil. — 250. Le problème de l'unité du droit privé.

